

**UNIVERSIDADE ESTADUAL PAULISTA “JÚLIO DE MESQUITA FILHO”  
FACULDADE DE CIÊNCIAS HUMANAS E SOCIAIS**

**MAURICIO VIDAL GONZALEZ POLINO**

**ANÁLISE ACERCA DA POSSIBILIDADE DE INVOCAR A  
EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA  
REALIDADE DO DIREITO DAS FAMÍLIAS**

**FRANCA**

**2023**

**MAURICIO VIDAL GONZALEZ POLINO**

**ANÁLISE ACERCA DA POSSIBILIDADE DE INVOCAR A  
EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA  
REALIDADE DO DIREITO DAS FAMÍLIAS**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Faculdade de Ciências Humanas e Sociais da Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho” como requisito básico à obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientadora: Prof<sup>ª</sup>. Dra. Onilda Alves do Carmo

**FRANCA**

**2023**

**MAURICIO VIDAL GONZALEZ POLINO**

**ANÁLISE ACERCA DA POSSIBILIDADE DE INVOCAR A EFICÁCIA  
HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA REALIDADE DO  
DIREITO DAS FAMÍLIAS**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, como pré-requisito para a obtenção do título de bacharel em Direito.

**BANCA EXAMINADORA**

Presidente: \_\_\_\_\_

**Profa. Dra. Onilda Alves do Carmo**

1º Examinador: \_\_\_\_\_

2º Examinador: \_\_\_\_\_

Franca, \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de 2023

“Escapar da arbitrariedade do Estado para cair sob a dominação  
dos poderes privados seria apenas mudar de servidão”

Jean Rivero

## AGRADECIMENTOS

Por muito tempo, as consequências da vida me privaram de realizar o meu Trabalho de Conclusão de Curso. Saúde mental e física, trabalho, intercorrências, a urgência de suprir necessidades imediatas, dentre tantos outros fatores, afastaram-me da produção acadêmica que sempre me foi cara.

Mas, como dita a sabedoria popular, tudo vem no tempo certo e com muita alegria pude voltar a dedicar-me a esta pesquisa que me é tão significativa. Através dela, recuperei o amor pela produção acadêmica, pela pesquisa e pelo direito. Assim sendo, preciso, por uma vez que seja, aderir a uma lógica insuportavelmente metalinguística e dedicar o meu primeiro agradecimento a este próprio trabalho por me ter devolvido o prazer de pensar e construir o direito.

Percebi, no decorrer desta produção que, em verdade, o tema central deste trabalho é o afeto. E foi afeto de tantos e tantas o que me inspirou e me deu forças para retomar este trabalho. Assim, agradeço aos inúmeros afetos que cultivei durante a minha graduação: aos meus companheiros da gestão Sagarana do Centro Acadêmico de Direito (CADIR), aos meus camaradas de luta que, junto à mim, militaram no Núcleo Agrário Terra e Raíz (NATRA), aos que me ajudaram nos estudos, aos que me acompanharam às festas, aos que me emprestaram colo e ombro e qualquer um outro que fez da minha experiência universitária intensa e inesquecível.

Preciso agradecer à professora Onilda Alves do Carmo, não apenas por ter me dado a graça de orientar esta pesquisa, mas por ser um exemplo de humanidade, ética, integridade e afeto em um ambiente que, muitas vezes, pode-nos despertar sentimentos destrutivos, como é a academia.

Também, não posso deixar de registrar o agradecimento à professora Luciana Lopez Canavez pela sua grande contribuição em recomendações bibliográficas, as quais forneceram-me os subsídios necessários para estruturar o presente. No mais, todo o corpo docente da Unesp Franca merece o meu reconhecimento, assim como os demais trabalhadores e trabalhadoras que garantem funcionamento desta instituição.

Por fim, e não menos importante, agradeço e dedico este trabalho à minha família: meus irmãos, meu namorado, minha avó, meu padrasto, mas principalmente à minha mãe, Iara, por ter sempre sido a pessoa que mais acreditou em mim e que, por consequência, me fez acreditar também.

POLINO, Mauricio Vidal Gonzalez. Análise acerca da possibilidade de invocar a Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais na realidade do Direito das Famílias. 2023. X f. Monografia (Bacharelado em Direito) – Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Franca, 2023.

## RESUMO

Aos direitos humanos considerados por nossos legisladores constituintes como fundamentais à vida humana digna e, conseqüentemente, positivados em nossa Carta Magna, dá-se o nome de Direitos Fundamentais. Os quais não são oponíveis apenas ao Estado, como rezava a concepção liberal, mas também contra particulares em relações puramente privadas. A incidência direta dos Direitos Fundamentais constitucionalmente reconhecidos nas relações particulares, sem o intermédio de regras, é a chamada Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais, tema do qual ainda há muito que se explorar tanto no ramo Direito, quanto em qualquer área do saber que se ocupe em pautar direitos humanos. Na área de Direito das Famílias, a produção acerca da Eficácia Horizontal dos Direitos Humanos ainda é tímida, tal qual a jurisprudência, onde encontramos raros exemplos de menção explícita à incidência direta de princípios constitucionais. Tal conjuntura de escassez ensejou a questão central a qual se pretende responder este trabalho: “Será possível a arguição de incidência direta de direitos fundamentais nas ações de direito familiar?”, além de outros questionamentos, que deste derivam, preocupando-se inclusive em compreender a importância deste instituto na evolução do direito privado brasileiro à luz da Constituição Federal de 1988. Como método científico, houve a opção por uma metodologia de abordagem dedutiva, levada à cabo por meio da técnica de pesquisa bibliográfica em materiais especializados sobre a temática, notavelmente as obras de Maria Berenice Dias e Paulo Lôbo, além da técnica de pesquisa jurisprudencial, com especial enfoque em cinco *leading cases* que tramitam e tramitaram pelo Supremo Tribunal Federal.

**Palavras-chave:** eficácia horizontal direitos fundamentais, relações privadas, direito das famílias, direito civil constitucional.

POLINO, Mauricio Vidal Gonzalez. Análise acerca da possibilidade de invocar a Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais na realidade do Direito das Famílias. 2023. X f. Monografia (Bacharelado em Direito) – Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Franca, 2023.

## **ABSTRACT**

The human rights considered by our constituent legislators as fundamental for a dignified human life and, consequently, made positive in our Constitution, are called Fundamental Rights. They are opposable not only to the State, as the liberal conception prayed, but also to individuals in purely private relationships. The direct incidence of Constitutionally recognized Fundamental Rights in private relations, without the intermediation of rigid rules, is the so-called Horizontal Effectiveness of Fundamental Rights, a theme that still has a lot to explore both in the field of Law but also in any area of knowledge that deals with human rights. In the area of Family Law, production on the Horizontal Effectiveness of Human Rights is still timid, as well as in jurisprudence, where we can only find rare examples of explicit mention of the direct incidence of constitutional principles. Such situation of scarcity gave rule to the central question that this work intends to answer: "Is it possible to claim the direct incidence of fundamental rights in family law actions?", and others questions which are pertinent to the theme, such as the importance of this institute in the evolution of Brazilian private law in the light of the 1988 Federal Constitution. The search method chosen is the analysis on the work of important authors, especially, Maria Berenice Dias and Paulo Lôbo, in addition to the jurisprudential research technique, with a special focus on five Leading Cases that were processed or being processed by the Federal Supreme Court.

**Palavras-chave:** horizontal effectiveness of fundamental rights, private relations, family law, constitutional civil law.

# SUMÁRIO

1.	INTRODUÇÃO .....	8
2.	ESTABELECENDO CONCEITOS .....	10
2.1	DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	10
2.1.1	A DILUIÇÃO DA DICOTOMIA .....	15
2.1.2	O DESAFIO HERMENÊUTICO.....	17
2.2	EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS .....	19
2.2.1	A DICOTOMIA: VIDA PRIVADA X DIREITOS FUNDAMENTAIS .....	20
2.2.2	RESGATE HISTÓRICO DO INSTITUTO DA EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS .....	22
2.2.2	O NEOCONSTITUCIONALISMO COMO AGENTE CATALIZADOR DA INCLUSÃO DOS PRECEITOS DE EFICÁCIA HORIZONTAL NAS CONSTITUIÇÕES NACIONAIS .....	23
2.3	DIREITO DAS FAMÍLIAS .....	25
3.	INTERCESSÃO: DIREITO DAS FAMÍLIAS CONSTITUCIONAL .....	28
3.1	DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL.....	28
3.1.1	HISTÓRICO DO CASO BRASILEIRO.....	31
3.1.2	OS IMPACTOS DA CRFB/88 NO DIREITO DAS FAMÍLIAS.....	32
4.	PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS IRRADIADOS AO DIREITO DAS FAMÍLIAS.....	34
5.	ESTUDO DE CASOS.....	40
5.1	RE 646721 e RE 878694.....	40
5.2	RE 883168 e Tema 526 .....	44
5.3	RE 898060 e Tema 622 .....	50
5.4	RE 878694.....	55
5.5	RE 1167478 e Tema 1053 .....	56
6.	ANÁLISE SOBRE A POSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DO PRECEITO DA EFICÁCIA HORIZONTAL NA REALIDADE DO DIREITO DAS FAMÍLIAS BRASILEIRO .....	61
6.1	POR QUE A INCIDÊNCIA DIRETA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NÃO É COMUM NOS PROCESSOS DE DIREITO FAMILIAR? .....	62
6.2	O QUE NOS MOSTRA OS ESTUDOS DE CASO?.....	64
6.3	A ARGUIÇÃO DA EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS EM CASOS CONCRETOS DE DIREITO DAS FAMÍLIAS.....	66
7.	CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	70
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....	74

## 1. INTRODUÇÃO

Não existe pai ou mãe por decreto ou sentença. A paternidade ou maternidade é um exercício diário de cultivo das relações interpessoais e de renovação do afeto. Proteger as famílias, todas elas, em sua dimensão material e não apenas nos contornos formais tão insuficientes que o direito historicamente ensaiou para defini-las, é proteger o futuro e a democracia. Este é o dever de qualquer um que crê na possibilidade de um futuro digno para todos, mas principalmente daqueles cujo destino lhes incumbe a missão de operar o direito, esta tão paradigmática ferramenta de transformação social.

O direito das famílias, por tratar de parte nuclear da estrutura social, é, naturalmente, palco de vorazes embates narrativos, sobretudo na ordem dos costumes. Os interesses patriarcais e patrimonialistas, outrora hegemônicos nesta (e em todas as outras) esferas do direito privado, atuam no sentido conservar seu poder sobre os ditames da ordem social, através de sistemáticas tentativas de afastar o alcance da Constituição Cidadã de 1988 e, principalmente, dos direitos nela consagrados, da legislação civil.

O foco nas famílias se justifica por serem estas, núcleos orgânicos que se aglutinam nas comunidades e coletivamente constituem o tecido social, razão pela qual a disputa ideológica em torno das famílias configura aspecto tão determinante nos rumos de qualquer sociedade. Por esse motivo, cabe aos estudiosos e operadores deste ramo do direito, a tomada de um posicionamento.

Uma vez incorporados os caros princípios constitucionais de igualdade, solidariedade, liberdade, fraternidade, entre tantos que aqui serão tratados, às esferas familiares, será questão de tempo até que o conjunto social passe a, coletivamente, valorizar os preceitos Constitucionais.

Também, é importante demarcar que proteger integralmente todos os tipos de famílias é nada além do que manifestação flagrante em defesa do Estado Democrático de Direito e do pluralismo social. Em outras palavras, garantir o bem-estar das famílias é zelar pela primazia da Constituição Federal de 1988.

Esta é a tarefa que propomos ao nosso principal objeto de estudo nesta pesquisa, a Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais. Entendemos ser este o mecanismo mais

democrático pelo qual se faz valer a Constituição frente ao Direito Privado, vez que dispensa a edição de regra específica, possibilitando soluções a questões sob as quais a vontade política de nossos legisladores não se ocupou em pautar.

A investigação acerca da qualidade argumentativa da Eficácia Horizontal é de fundamental importância para aqueles que operam e estudam o direito privado com fim de garantir a primazia da dignidade da pessoa humana e que desafiam a hegemonia socioideológica das visões conservadoras do Direito. É preciso coragem, instrumentos e estratégia para fazer com que os direitos, à duras penas conquistados e incluídos no texto constitucional, penetrem às casas, às famílias, à vida privada.

Nesta conjuntura, o presente trabalho pretende aprofundar-se no recorte que corresponde ao processo de constitucionalização, que irradia os princípios e valores consagrados na CRFB/88 sob a legislação infraconstitucional, neste caso, a parte do direito civil que toca o tópico das famílias.

De forma mais específica, busca-se entender o papel e a importância do instituto da Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais neste processo de reinterpretação da legislação Civil sob à égide da Constituição Federal e seu impacto na realidade das Varas de Direito Familiar Brasil à fora.

A presente análise é desenvolvida a partir de questionamentos que serão paulatinamente respondidos (ou deixados abertos à reflexão), conforme avança a linha de raciocínio construída a partir de acúmulos teóricos (doutrinários) e práticos (jurisprudenciais).

## 2. ESTABELECENDO CONCEITOS

Preliminarmente à análise que se pretende explorar no presente trabalho, se faz necessário estabelecer algumas definições terminológicas e conceituais, as quais serão utilizadas para desenvolver as linhas de raciocínio que nortearão esta pesquisa.

Consta informar que este capítulo apresenta um caráter mais analítico e reflexivo, de modo a preparar o leitor para o conteúdo que segue.

### 2.1 DIREITOS FUNDAMENTAIS

No primeiro momento, cabe estabelecer a separação conceitual entre dois termos bastante utilizados nas áreas do direito, mas nem sempre devidamente delimitados, sobretudo quando tratados nas esferas política e filosófica: Direitos Humanos e Direitos Fundamentais. Consta acrescentar, no entanto, que a distinção em questão é essencialmente didática e aqui utilizada por proporcionar um recorte mais específico ao tema, sob o qual trabalharemos.

Como veremos a seguir, a separação em questão não possui uma delimitação consensual na doutrina nacional. Havendo, inclusive, interpretações que defendem a aproximação definitiva entre as terminologias. Para fins didáticos, no entanto, considerando o contexto da presente pesquisa, consta importante evidenciar a distinção entre os termos.

Neste trabalho, portanto, adotaremos o entendimento dos Direitos Humanos como aqueles inerentes à condição humana, mas não necessariamente positivados em textos normativos, isto é, de caráter jusnaturalista. Também, é característica primordial dos Direitos Humanos, e que os distancia dos Direitos Fundamentais, a amplitude de titulares, no sentido de que não existe barreira de nacionalidade que obstaculize a sua reivindicação<sup>1</sup>.

Por característica de sua existência independente de positivação, não há que se falar em lista predeterminada ou rol taxativo a fim de quantificar estes direitos. São inúmeros aqueles dos quais pode-se dizer direitos humanos, variando de acordo com a conjuntura histórico-social de que são produtos. Isto porque, o contexto social é a variável mais determinante no que

---

<sup>1</sup> DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 5ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 29

concerne à transformação das demandas humanas e, conseqüentemente, na busca de soluções para elas<sup>2</sup>.

Nos parece oportuno, portanto, a menção à construção teórica proposta por André de Carvalho Ramos (2018), por considerar que esta aborda tanto o conceito primordial dos direitos humanos, quanto o dilema envolvendo sua subjetividade quantitativa:

Os direitos humanos consistem em um conjunto de direitos considerado indispensável para uma vida humana pautada na liberdade, igualdade e dignidade. Os direitos humanos são os direitos essenciais e indispensáveis à vida digna.

Não há um rol predeterminado desse conjunto mínimo de direitos essenciais a uma vida digna. As necessidades humanas variam e, de acordo com o contexto histórico de uma época, novas demandas sociais são traduzidas juridicamente e inseridas na lista dos direitos humanos (RAMOS, 2018, p. 28).

Uma proposta teórica para compreender o reconhecimento dos direitos humanos em oposição os fundamentais, apesar de sua natureza subjetiva, seria a de que estes derivam da ordem internacional, sendo entendidos, por nações ou Organizações Internacionais externas como indispensáveis à vida humana digna<sup>3</sup>, por consagração do princípio da universalidade. Ocorre que tal proposta ainda é insuficiente, tendo em vista que as concepções jusnaturalistas implicam a existência dos direitos humanos em período anterior à constituição dos Estados Nacionais. Sobre o reconhecimento formal dos direitos humanos em relação ao seu caráter pré-Estatal, Ingo Wolfgang Sarlet (2009) discorre:

[...] não devemos esquecer que, na sua vertente histórica, os direitos humanos (internacionais) e fundamentais (constitucionais) radicam no reconhecimento, pelo direito positivo, de uma série de direitos naturais do homem, que, neste sentido, assumem uma dimensão pré-estatal e, para alguns, até mesmo supraestatal. Cuida-se, sem dúvida, igualmente de direitos humanos — considerados como tais aqueles outorgados a todos os homens pela sua mera condição humana —, mas, neste caso, de direitos não-positivados (SARLET; 2009, p. 29-30).

O pensamento jusnaturalista vai além ao tratar dos direitos humanos, posicionando-os em condição de superioridade frente a qualquer outra norma, não sendo admitido o sacrifício destes em função das chamadas “Razão de Estado”<sup>4</sup>. Aqui não se fala, portanto, em outorga de um direito humano ao indivíduo por parte do Estado, haja vista que este já lhe é naturalmente

<sup>2</sup> Ramos, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. – 5. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2018. p. 28

<sup>3</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 29

<sup>4</sup> Ramos, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. – 5. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2018. p. 29

titularizado. Neste sentido, a noção de positivação perde fundamento, não consistindo em requisito para o reconhecimento do direito.

Em oposição às concepções jusnaturalista, a Escola Positivista estabelece a validade constitucional do direito em questão, tendo a norma estabelecida como requisito para a sua existência. Desta forma, o princípio da universalidade é substituído pela ideia de “direito reconhecido e positivado pelo Estado”, conferindo, por consequência, uma dimensão nacionalista ao reconhecimento dos direitos humanos<sup>5</sup>.

Tais concepções nos colocam diante de uma dualidade bastante debatida na esfera dos direitos humanos e da antropologia: a opção pela preponderância da soberania nacional frente à proteção dos direitos dos indivíduos, ou vice-versa. Dois elementos primordiais na constituição de um Estado nacional colocados em situação de aparente conflito.

Aqui vale a lembrança de uma importante lição da ciência política, que se preocupa em estudar os elementos que compõe uma Nação/Estado. Revisitemos estes elementos conforme as palavras de Maria Helena Diniz:

1. Conjunto de pessoas que habitam o mesmo território, ligadas por afinidades culturais, linguísticas etc., seguem os mesmos costumes e obedecem às mesmas leis.
2. Povo de um país.
3. Sociedade organizada política e juridicamente que constituiu o Estado.
4. Governo de um país.
5. Sociedade politicamente organizada que tem consciência de sua própria unidade e controla, com soberania, seu território.
6. Território habitado por um povo, que tem autonomia política; país.
7. Pátria.
8. Raça.
9. Grupo social que constitui um Estado, pois dele emana o poder.
10. Substrato espiritual ou cultural em que se forma o Estado (Pinto Ferreira).
11. Substância humana do Estado (Carré de Malberg).
12. É um meio composto de tantos elementos quantos os fatores capazes de influir na gênese de um indivíduo humano (Delos) (DINIZ; 2005, p. 372)

A fim de trabalharmos com um conceito ainda mais primordial e objetivo para os estudos do Estado na seara da ciência política que aqui nos interessa, recorramos, então, ao clássico conceito weberiano de Estado: “O Estado é aquela comunidade humana que, dentro de

---

<sup>5</sup> Ramos, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. – 5. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2018. p. 95-96

determinado território – este, o ‘território’, faz parte de suas características – reclama para si (com êxito) o monopólio da coação física legítima”<sup>6</sup>.

Em suma: POVO, TERRITÓRIO e SOBERANIA. Não há Estado legítimo e internacionalmente reconhecido em que se verifique a ausência de algum destes elementos<sup>7</sup>. Estabelecendo a prevalência suprema dos direitos humanos, o pensamento jusnaturalista perturba os demais elementos do Estado, resultando em recursões que desconfiguram o objeto deste estudo, tendo em vista que a questão da positivação é ponto chave para a compreensão da incidência direta.

Por outro lado, adoção do positivismo puro também acarreta riscos, em especial, no que tange à defesa da humanidade como um todo. Aqui, admite-se a hipótese de que normas locais (constitucionais ou não) podem eximir-se de reconhecer determinado direito ou, mais grave ainda, silenciarem sobre a proteção a determinados grupos de seres humanos. O exemplo nazista ilustra bem a insuficiência da abordagem positivista acerca dos direitos humanos<sup>8</sup>.

A dinâmica da Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais, no entanto, coloca-nos pendentes do paradigma da positivação. Por tal razão é que se faz necessário proceder à tratativa de distinção conceitual entre os termos “Direitos Humanos” e “Direitos Fundamentais”.

Findas as discussões pertinentes a conceituação do termo “Direitos Humanos”, cabe-nos delimitar a terminologia “Direitos Fundamentais”, destacando as principais diferenças entre ambas.

Inicialmente, tomaremos como referência o conceito-base de “Direitos Fundamentais” proposto por Ricardo Castilho (2018):

A expressão “direitos fundamentais”, por sua vez, restaria utilizada para designar aqueles direitos que já foram reconhecidos e positivados, institucionalmente, pelo direito constitucional interno de cada Estado. O termo fundamental, aqui, aplica-se justamente por serem direitos – em que pesem delimitados espacial e temporalmente – eleitos, por cada Estado de Direito,

<sup>6</sup> WEBER, Max. **Gesammelte politische Schriften**. 5. ed. Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1988, p. 506

<sup>7</sup> Ressaltamos, no entanto, que em função das condições geopolíticas vigentes, encontramos exemplos de Estados legítimos dos quais são usurpados um ou mais destes elementos por ações de caráter terrorista apoiadas pelo Poder Econômico. O maior exemplo de tal situação é o caso palestino, de cuja soberania e território encontram-se extorquidos a mando dos Estados que ocupam a centralidade do capitalismo global, como sabiamente exposto por Aura Rejane Gomes na dissertação: “**A Questão da Palestina e a Fundação de Israel**” de 2001.

<sup>8</sup> Ramos, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. – 5. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2018. p. 95.

como os elementos básicos e fundamentadores de seu sistema jurídico (CASTILHO; 2018. p. 245)

A partir das considerações do autor e dos demais raciocínios previamente construídos, consideramos que os Direitos Fundamentais, por sua vez, devem necessariamente estar positivados no ordenamento jurídico nacional, possuindo, portando, natureza positivista. Em verdade, são os Direitos Fundamentais, os Direitos Humanos já reconhecidos de forma institucional pelo Estado. Àqueles que, seja qual for o motivo, ainda careçam de reconhecimento positivo interno e, conseqüentemente, não possam ser pleiteados em juízo com peso de norma, resta ainda o status de Direito Humano.

Podemos, sinteticamente, colocar que os Direitos Fundamentais são Direitos Humanos<sup>9</sup>, quanto à sua titularidade. Isto é, são os direitos com peso de norma, gozados pelos nacionais do Estado que entendeu aquele Direito Humano como fundamental à vida digna.

Utilizamos, então, a separação defendida por Enoque Santos (2008):

Direitos humanos são aqueles direitos que toda pessoa possui pelo simples fato de ter nascido nesta condição “humana”, configurando-se como gênero, enquanto direitos humanos fundamentais, ou simplesmente “direitos fundamentais” seriam aqueles direitos, espécies do gênero direitos humanos, que em determinado momento histórico, político, cultural e social de um povo, este resolveu positivá-lo no ordenamento jurídico, sobretudo em sua Carta Magna, ou seja, na Constituição Federal (SANTOS, 2008, p. 277).

No ordenamento jurídico nacional, os Direitos Fundamentais concentram-se no Título II de nossa Carta Magna: Direitos e Garantias Fundamentais, sobretudo no artigo 5º, mas também podem ser encontrados em outras partes da CRFB/88. Ainda, outra fonte extremamente importante de Direitos Fundamentais no Direito Brasileiro, são os tratados internacionais sobre direitos humanos ratificados pelo Brasil, os quais podem receber status de normal constitucional ou supralegal, a depender do processo de recepção destes pelo legislativo nacional.

Tendo em consideração o peso da norma positiva na realidade das Varas e Tribunais nacionais, são esses, os direitos positivados no ordenamento jurídico brasileiro, os objetos deste trabalho.

Por fim, devemos abrir espaço para uma observação importante acerca deste tema na estrutura deste texto: não abordaremos de forma incisiva o aspecto histórico dos Direitos Humanos e Fundamentais por entender que tal discussão pouco tem a acrescentar no

---

<sup>9</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 30

desenvolvimento das reflexões que aqui se pretendem provocar<sup>10</sup>. O contexto histórico que realmente nos interessa é aquele que originou os debates sobre a incidência direta desses direitos nas relações privados, o que será abordado posteriormente.

### 2.1.1 A DILUIÇÃO DA DICOTOMIA

Sobre o todo, acima exposto, uma importante consideração precisa ser feita: a paradigmática distinção entre direitos humanos e direitos fundamentais tem experimentado questionamentos por parte relevante da doutrina nacional nos últimos anos, à parte das clássicas críticas tecidas pela corrente jusnaturalista.

Podemos citar André de Carvalho Ramos como um dos expoentes desta nova interpretação. Em sua obra, “Curso de Direitos Humanos” (2018), o autor argumenta que a sistemática e gradual aproximação entre o Direito Interno e o Internacional, sobretudo na temática de direitos humanos, acaba por diluir os contornos desta distinção por tanto tempo consolidada<sup>11</sup>.

É prova crucial deste fenômeno, a adoção, pelo ordenamento jurídico nacional, de rito especial para a provação legislativa de tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Estado brasileiro, como consolidado pelo art. 5º, §3º, da CRFB/88. Tal dispositivo determina que o tratado internacional de direitos humanos ratificado pelo Brasil, quando recepcionado por maioria qualificada (de 3/5 dos parlamentares), em dois turnos em cada casa do Congresso Nacional, recebe o status de Emenda Constitucional, isto é, adentra o normativo nacional já com peso máximo<sup>12</sup>.

Na hipótese de o tratado internacional de direitos humanos ser recepcionado pelo legislativo nacional por maioria simples, não qualificada, o status de tal norma em nosso ordenamento ainda é objeto de intenso debate na doutrina. Adotamos, no entanto, o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso

---

<sup>10</sup> Excetua-se a tal opção, a necessidade de pontuar a ligação umbilical entre o advento dos direitos humanos de segunda dimensão e ideia de que direitos fundamentais podem ser oponíveis à particulares. A partir deste marco, não mais se buscava liberdade perante o Estado, mas também liberdade através do Estado, frente a indivíduos titulares do poder econômico, como ensina Ingo Wolfgang Sarlet, em sua obra “**A Eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional**”.

<sup>11</sup> RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. – 5. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2018. p. 55

<sup>12</sup> RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. – 5. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2018. p. 582

Extraordinário de nº 466.343, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, o qual aduz ter a norma peso supralegal, acima da lei e infraconstitucional, abaixo da Constituição:

[...] parece mais consistente a interpretação que atribui a característica de supralegalidade aos tratados e convenções de direitos humanos. Essa tese pugna pelo argumento de que os tratados sobre direitos humanos seriam infraconstitucionais, porém, diante de seu caráter especial em relação aos demais atos normativos internacionais, também seriam dotados de um atributo de supralegalidade.

Em outros termos, os tratados sobre direitos humanos não poderiam afrontar a supremacia da Constituição, mas teriam lugar especial reservado no ordenamento jurídico. Equipará-los à legislação ordinária seria subestimar o seu valor especial no contexto do sistema de proteção dos direitos da pessoa humana (STF. RE 466.643 SP. Rel. Min. Gilmar Mendes. Julgado em 3 de dezembro de 2008)

Além deste, um segundo argumento importante em favor da cessão da distinção entre os termos é levantado por Ramos (2022): Em 10 de dezembro de 1998, o Estado brasileiro reconheceu a jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos sob seu território, devendo esta agir na omissão do Estado brasileiro em proteger os direitos consagrados na Convenção Americana de Direitos Humanos<sup>13</sup>. Isto é, a efetividade dos direitos humanos, ainda que não positivados internamente, estaria assegurada por sentença irrecorrível emitida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos a ser cumprida pelo Estado brasileiro<sup>14</sup>.

a antiga separação entre direitos humanos (matriz internacional, sem maior força vinculante) e direitos fundamentais (matriz constitucional, com força vinculante gerada pelo acesso ao Poder Judiciário) no tocante aos instrumentos de proteção fica diluída, pois os direitos humanos também passaram a contar com a proteção judicial internacional (RAMOS; 2018, p. 55).

Em comum com a concepção jusnaturalista, destacamos que o movimento de internacionalização dos direitos humanos implica a flexibilização do princípio da soberania. No entanto, a relativização ocorre de forma mais sutil e adequada ao cenário de globalização. Observe o raciocínio de Castilho (2018):

Nesse novel ramo de direito, a pessoa ocupa posição de centralidade, e sua dignidade é o valor maior a ser assegurado. O indivíduo ganha personalidade na seara internacional, âmbito em que, então, passa também a ser tido como sujeito de direitos 78 . Como consequência, os Estados, ao ratificarem tratados internacionais de direitos humanos, assumem obrigações no plano internacional – obrigações que podem acarretar sua responsabilização perante os órgãos jurisdicionais respectivos.

Fica claro que, nesse contexto, a soberania já não é tida mais como absoluta, eis que sua aceção de não sujeição a normas que não tenham sido produzidas pelo próprio Estado evidentemente não pode mais ser aceita sem ressalvas. Ao se submeter a normas

<sup>13</sup> Ramos, André de Carvalho. **Corte Interamericana de Direitos Humanos** – Enciclopédia Jurídica da PUCSP. 1 de março de 2022. Disponível em <  
<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/533/edicao-1/corte-interamericana-de-direitos-humanos> >

<sup>14</sup> Ramos, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. – 5. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2018. p. 55

internacionais, no campo dos direitos humanos, o Estado pode ser internacionalmente responsabilizado sem que isso signifique necessariamente um ultraje a sua soberania (CASTILHO; 2018. p. 245)

Portanto, considerando todo o exposto, entendemos haver, de fato, subsídio suficiente para questionar a dicotômica relação entre direitos fundamentais e direitos humanos, sendo tal concepção importe passo no que tange à amplificação da garantia de direitos.

No entanto, a fim de concordar com a opção terminológica adotada por nosso legislador constituinte (constante na epígrafe do Título II da CRFB/88, “Direitos e Garantias Fundamentais) e por ser tema ainda sensível na doutrina majoritária, além de entender que a referida separação pode ser academicamente proveitosa no contexto desta pesquisa, optamos por investigar, de modo específico, a incidência direta dos direitos humanos positivados em nosso ordenamento (estritamente), na realidade do Direito das Famílias.

### **2.1.2 O DESAFIO HERMENÊUTICO**

Um tópico que não pode passar batido quando se busca elucidar a temática dos Direitos Fundamentais é o desafio hermenêutico que recai sob sua aplicabilidade. Vejamos: é necessário interpretar a Carta Maior de forma sistemática e teológica, de maneira a enxergar que os conflitos entre as normas constitucionais não são reais, mais meramente aparentes. Isso significa entender, de forma profunda, a unidade constitucional para, a partir deste método hermenêutico, vislumbrar o verdadeiro espírito da nossa Constituição.

O problema se agrava, no caso brasileiro, dada à ausência de rigor técnico na redação de nossa Carta Magna. A técnica legislativa e as terminologias usadas podem fazer surgir problemas de ordem hermenêutica capazes de cercear o alcance de um direito fundamental, por exemplo. Sobre os problemas de ordem textual e, conseqüentemente, interpretativa de nossa Constituição, sobretudo no tocante aos direitos fundamentais, Ingo Sarlet (2019) destaca alguns exemplos e contribui com suas considerações:

[...] a redação do caput do art. 5º, seguido dos 77 incisos, bem como do art. 6º, que anuncia genericamente quais os direitos sociais básicos, sem qualquer explicitação relativamente ao seu conteúdo, que deverá ser buscada no capítulo da ordem econômica e, acima de tudo, da ordem social, suscitando sérias dúvidas sobre quais os dispositivos situados fora do Título II que efetivamente integram os direitos fundamentais sociais. Neste mesmo contexto, também ressalta uma ausência de sistematização, oriunda, provavelmente, de uma acomodação apressada das matérias, desacompanhada da necessária reflexão, gerada, entre outros fatores, pela pressão exercida sobre os Constituintes na época da elaboração da nossa Lei Fundamental (SARLET; 2019, p. 30).

Ainda, dilema dos aparentes conflitos entre dispositivos constitucionais tende a intensificar-se na perspectiva da Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais. Isto ocorre na medida em há invocação de direitos contra indivíduos que são, também, titulares destes mesmos direitos. Veja o que diz André de Carvalho Ramos (2018) sobre a questão:

Há uma eficácia irradiante dos direitos humanos, que devem ser aplicados a todas as relações sociais e não somente às relações entre o indivíduo e o Estado. Essa verdadeira jusfundamentalização do direito, inclusive atingindo as relações entre particulares (eficácia horizontal dos direitos humanos, já exposta), gera conflitos aparentes entre direitos de titulares diversos, exigindo do intérprete sólida argumentação jurídica sobre os motivos da prevalência de um direito em detrimento de outro, em determinada situação (RAMOS; 2018, p. 124).

A aplicabilidade dos Direitos Fundamentais, desta forma, demanda ponderações e sopesamentos, de forma a impedir que um direito seja esvaziado em um aparente conflito com um outro, o que caracterizaria violação de direito. Aqui recorreremos aos ensinamentos de Bobbio (2004) para elucidar a questão:

Com efeito, o problema que temos diante de nós não é filosófico, mas jurídico e, num sentido mais amplo, político. Não se trata de saber quais e quantos são esses direitos, qual é sua natureza e seu fundamento, se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos, mas sim qual é o modo mais seguro para garanti-los, para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados (BOBBIO, 2004, p. 11).

A conclusão que realmente nos interessa para o prosseguimento deste estudo é a compreensão de que a efetivação dos Direitos Fundamentais depende de mais do que a mera positivação constitucional, sendo necessária, ainda, a superação das barreiras inerentes à sua aplicabilidade no âmbito material, o que, como veremos a seguir, impacta no estudo da Eficácia Horizontal.

A adoção de uma hermenêutica teleológica, isto é, a interpretação que persegue a real finalidade almejada pelo legislador, é condição primordial para a garantia de direitos. A extração do conteúdo social de uma norma, da importância dada àquilo que se pretende tutelar é o que pode conferir a incidência de determinada proteção ou garantia sob bem jurídico não explicitamente referido em seu escopo textual.

Finalmente, estabelecido um conceito para Direitos Fundamentais, seguimos no sentido de compreender a eficácia horizontal destes.

## 2.2 EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Diz-se da Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais, o momento em que há incidência direta das normas de que constam direitos fundamentais nas relações entre particulares, seja na esfera judicial ou fora dela.

Trata-se do poder que estes detêm para irradiar-se por todo o ordenamento jurídico, conferindo coesão à ordem legal e reafirmando a posição da Carta Magna ao topo do conjunto normativo. Este dispositivo, portanto, permite a valorização do princípio da dignidade da pessoa humana, estabelecendo que este não somente precisa ser observado de forma vertical, isto é, na relação entre particulares e Estado, mas também nas relações puramente privadas.

Antes de avançarmos, cabe uma observação: Já é consenso na doutrina e na jurisprudência brasileira que os direitos fundamentais de um indivíduo podem ser invocados frente a outros particulares<sup>15</sup>. O se investiga se aqui é a incorrência de tal recurso no Direito das Famílias, de forma específica.

O surgimento deste recurso tem como marco a mudança de percepção a respeito da função dos Direitos Fundamentais.

Enquanto o pensamento liberal, que concebeu as primeiras e importantes ideias de Direitos Humanos, tinha-os exclusivamente como instrumento para frear o poder Estatal perante os indivíduos, qual seja, o fundamento basilar dos Direitos Fundamentais de primeira dimensão, isto é, aqueles de demandam prestação negativa do Estado frente à sociedade; o pensamento advindo do constitucionalismo contemporâneo, inaugurado ao final da Segunda Guerra Mundial, passou a compreender que estes direitos precisavam de maior amplitude para garantir a vida digna, sendo também necessária a prestação Estatal positiva.

[...] a teoria dos direitos fundamentais como limites ao poder carece, em parte, de atualidade quando reduz o fenômeno do poder somente ao poder do Estado. No contexto das sociedades contemporâneas, é um equívoco elementar, próprio do liberalismo míope e dogmático, associar o poder exclusivamente ao Estado, como se o Estado tivesse o monopólio do poder ou fosse a única expressão material e espiritual do poder. Há muito o Estado não é o único detentor de poder - talvez nunca tenha sido o único. No mundo contemporâneo, pessoas e grupos privados não só detêm poder político, econômico e ideológico como também desenvolvem lutas de e pelo poder[...] (STEINMETZ, 2004, p. 85).

---

<sup>15</sup> Ramos, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. – 5. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2018. p. 63-64

Tal entendimento dá luz ao Estado Social sob as ruínas do limitado Estado Liberal pós-segunda guerra. É a partir destas ideias de garantia da dignidade da pessoa humana não somente contra as arbitrariedades do Estado que se começa a considerar a incidência dos Direitos Fundamentais também contra particulares. Neste momento, dada a centralidade deste tema para o presente trabalho, é conveniente trazer uma perspectiva histórica sobre o desenvolvimento do tema da eficácia horizontal.

### **2.2.1 A DICOTOMIA: VIDA PRIVADA X DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Inicialmente, recorreremos à obra de Hanna Arendt (1958) para investigar o distanciamento entre os Direitos Fundamentais e a esfera particular, a qual antecede a discussão sobre a incidência direta destes direitos.

Para a autora, remete à Grécia Antiga esse distanciamento. Os cidadãos gregos vislumbravam uma relação indiretamente proporcional entre a organização política, a qual vinculava todos os indivíduos da comunidade e a associação natural, representada pela família. Esta diferenciação presumia a não interseção entre as esferas pública e da família:

A distinção entre uma esfera de vida privada e uma esfera de vida pública corresponde a existência das esferas da família e da política como entidades diferentes e separadas, pelo menos desde o surgimento da antiga cidade-estado; mas a ascendência da esfera social, que não era nem privada nem pública no sentido restrito do termo, é um fenômeno relativamente novo, cuja origem coincidiu com o surgimento da era moderna e que encontrou sua forma política no estado nacional (ARENDR, 1958, p. 37).

Podemos inferir dessa forma, que a dicotomia em questão nasce a partir das estruturas socioeconômicas vigentes e, portanto, só passa a ser questionada quando tais estruturas sofrem grandes alterações com fim da Segunda Guerra Mundial, como veremos a seguir. A ruptura com o pensamento que separava Direitos Fundamentais da vida privada é o marco filosófico que ilustra a passagem do Estado Liberal para o Estado Social.

Ainda, podemos mencionar como pilar de sustentação desta dicotomia, o constitucionalismo e a codificação do direito civil, movimentos ocorridos na vigência do Estado Liberal e ligados aos Direitos Humanos de primeira Dimensão. Neste contexto, o fundamento principal das Constituições era estabelecer limites ao poder Estatal, reservando-se o texto

constitucional aos assuntos que tangem o poder político e relegando as questões privadas aos códigos civis, suprimindo o Estado das regulações da sociedade civil<sup>16</sup>.

Para comprovar este raciocínio, podemos recorrer à observação dos códigos civis pós-Revolução Francesa, os quais conferiam peso absoluto ao princípio da autonomia da vontade nas relações privadas. Nestes diplomas, valia a pressuposição de igualdade nas relações entre particulares, não sendo permitida a intervenção jurídica, por se entender que esta feria a liberdade do indivíduo<sup>17</sup>.

No entanto, o tempo comprovou que esta ideia de liberdade, conquistada pelas Revoluções Burguesas e então positivada como direito fundamental, acabou por ser extrapolada nas relações privadas, visto que a realidade é que estas relações são desiguais. O ponto é que, além do Estado, existe um outro elemento capaz de corromper a equidade entre as partes de uma relação jurídica: o poder econômico.

É neste momento que a sociedade passa a compreender que o império da autonomia da vontade não era suficiente para conferir liberdade a todos os indivíduos, sendo necessária uma intervenção capaz de equilibrar as relações privadas. Assim, o princípio da vontade é relativizado e a prestação positiva do Estado não somente passa a ser permitida, como exigida. Esta mudança dogmática enseja o surgimento dos Direitos Humanos de segunda dimensão, consolidando o pensamento de que a igualdade necessária não poderia estar conscrita ao aspecto formal, mas deveria fazer-se valer na materialidade.

Tratamos aqui da passagem do Estado Liberal para o Estado Social, fruto das ideias socialistas apoiadas ao fato de que a então proclamada liberdade não se fazia real para a grande maioria da população:

O chamado Estado Social surgiu nesse contexto e, do ponto de vista jurídico, corresponde, como vimos, à segunda fase, geração ou dimensão dos direitos fundamentais, fruto dos movimentos socialistas iniciados já no século XIX. Resultou da percepção popular de que a opressão não provinha apenas dos detentores do poder político, mas, também, dos que tinham em suas mãos o poder econômico, algo que simplesmente passou despercebido ao constitucionalismo de matiz liberal (CASTILHO; 2018. p. 276)

---

<sup>16</sup> KRETZ, Andrietta. **Autonomia da vontade e eficácia horizontal dos direitos fundamentais**. Florianópolis: Momento atual, 2005. p. 87.

<sup>17</sup> SOMBRA, Thiago Luís Santos. **A Eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídico-privadas: a identificação do contrato como ponto de encontro dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2004. p. 30.

### 2.2.2 RESGATE HISTÓRICO DO INSTITUTO DA EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Há muito discutida, a questão da Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais, que ganha protagonismo nos círculos de discussão jurídica brasileiros a partir da Constituição Federal de 1988, começava a ganhar corpo em meados do século XX. É na Alemanha, em um dos casos mais emblemáticos de sua jurisprudência constitucional, que encontramos o marco fundamental desta compreensão acerca da eficácia dos Direitos Humanos.

O Caso Luth foi o primeiro apreciado pela Corte Constitucional Alemã sobre a incidência de direito fundamental em uma relação privada. Naquela ocasião, em 1958, o crítico de cinema Eric Luth interpôs recurso à referida Corte contra decisão que o obrigava a cessar o boicote que promovia contra o trabalho do cineasta nazista Veit Harlan, sob a justificativa de violação da legislação civil.

À época, o Tribunal proveu o requerimento de Luth, entendendo pela incidência do princípio constitucional que garantia a liberdade de expressão, de forma que a legislação civil deveria ser interpretada à luz da Carta Magna. Tal decisão inaugurou um importante precedente jurisprudencial e doutrinário: os direitos fundamentais também poderiam ser invocados em conflitos particulares, estendendo sua égide por todos os ramos do Direito<sup>18</sup>.

O veredito consagrou ainda dois conceitos importantes no estudo da Eficácia Horizontal, quais sejam, a “public function exception”, a qual prevê a possibilidade de invocar direitos fundamentais frente a uma avença da esfera privada, na qual uma das partes estiver no exercício de função pública; e a “entanglement exception”, que abrange a hipótese na qual um governo delega suas funções à uma entidade privada, ocasião na qual esta será considerada agente estatal quando no exercício de tais funções<sup>19</sup>.

O Caso Lüth não apenas consiste em nosso principal precedente histórico de incidência direta de direitos fundamentais em relações privadas, como também é responsável por conferir grandes mudanças ao Direito Constitucional Alemão, o qual inspirou inúmeras outras constituições mundo à fora, atuando pela propagação da discussão acerca da Eficácia Horizontal a nível global. Veja trecho da dogmática decisão:

---

<sup>18</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. p. 835

<sup>19</sup> NUNES JÚNIOR, Flávio Martins Alves. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. São Paulo : Saraiva Educação, 2019. p. 902.

O TCF julgou a Reclamação procedente e revogou a decisão do Tribunal Estadual. Trata-se, talvez, da decisão mais conhecida e citada da jurisprudência do TCF. Nela, foram lançadas as bases, não somente da dogmática do direito fundamental da liberdade de expressão e seus limites, como também de uma dogmática geral (Parte Geral) dos direitos fundamentais. Nela, por exemplo, os direitos fundamentais foram, pela primeira vez, claramente apresentados, ao mesmo tempo, como direitos públicos subjetivos de resistência, direcionados contra o Estado e como ordem ou ordenamento axiológico objetivo<sup>20</sup>

Em verdade, o advento de uma nova interpretação no que diz respeito à incidência dos Direitos Humanos na esfera particular já vinha sendo impulsionada pelas crises de ordens social e econômica que macularam o conturbado século XX. Naquele contexto, já há muito superado o absolutismo, não havia sentido em delegar ao Estado o papel de violador dos direitos individuais, configurando esta uma análise simplista e consideravelmente distante da realidade. Pelo contrário, deu-se conta da necessidade do Poder Público de agir em meio à sociedade a fim de prevenir as deteriorações que lhe eram iminentes, garantindo, a todos os cidadãos, resguarda à sua liberdade frente à ameaça proveniente dos demais particulares:

[...] tornou-se claro também que outras forças sociais, como grupos econômicos ou políticos de peso, poderiam, da mesma forma, trazer para o indivíduo vários dos constrangimentos que se buscavam prevenir contra o Estado. As razões que conduziram, no passado, à proclamação dos direitos fundamentais podem, agora, justificar que eles sejam também invocados contra particulares. (MENDES; BRANCO; 2021. p. 79).

Assim, a percepção de que a força vinculante dos direitos fundamentais não poderia deixar de incidir sobre as relações privadas, consagrando a posição destes no topo da hierarquia das normas. Também, é traçada uma feição muito mais objetiva e, conseqüentemente, irradiante, das regras e princípios que contém os referidos direitos, outorgando ao Estados, não apenas o dever de respeitá-los mas também de fazê-los exigir perante à sociedade, vez que os valores básicos que exprimem devem ser prestigiados por toda a vida civil<sup>21</sup>.

### **2.2.2 O NEOCONSTITUCIONALISMO COMO AGENTE CATALIZADOR DA INCLUSÃO DOS PRECEITOS DE EFICÁCIA HORIZONTAL NAS CONSTITUIÇÕES NACIONAIS**

A eficácia horizontal dos direitos fundamentais é estreitamente ligada ao neoconstitucionalismo, movimento que inspirou a Constituição Cidadã de 1988. O conceito

<sup>20</sup> Decisão do Tribunal Estadual de Hamburgo, datada de 22 de novembro de 1951

<sup>21</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. p. 79.

supramencionado supera a ideia do constitucionalismo liberal de John Locke e convoca o Poder Público para enfrentar desigualdades e garantir dignidade ao povo.

A verdade é que a ideia de direitos fundamentais está umbilical e inseparavelmente associada às noções de Constituição e Estado de Direito, associação esta que foi melhor evidenciada através dos avanços do movimento neoconstitucionalista. Para ilustrar esta importante ligação, fundamental para elucidar os rumos deste trabalho, é oportuno mencionar a lição de Klaus Stern (1984) sobre o tema:

[...] as ideias de Constituição e direitos fundamentais são, no âmbito do pensamento da segunda metade do século XVIII, manifestações paralelas e unidirecionadas da mesma atmosfera espiritual. Ambas se compreendem como limites normativos ao poder estatal. Somente a síntese de ambas outorgou à Constituição a sua definitiva e autêntica dignidade fundamental (STERN, 1984)

Neste diapasão, muito antes de se falar em Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais, a Constituição Mexicana de 1917, de Weimar de 1919 e até mesmo a brasileira de 1934, já despontavam como os primeiros grandes frutos do movimento neoconstitucionalista, trilhando o caminho da consagração das prestações positivas do Estado, demandadas pelos Direitos Humanos de segunda dimensão, tais como: saúde, educação, emprego, moradia, cultura, lazer, etc<sup>22</sup>.

Desta forma, é adequada a comparação que estabelece que enquanto o caráter ideológico do constitucionalismo prende-se a tarefa de limitar o poder, o caráter ideológico do neoconstitucionalismo é de se fazer concretizar os direitos fundamentais<sup>23</sup>.

Neste contexto, a Constituição assume o papel fundamental de delinear as condições do exercício Estatal, seja para convocar o poder público, seja para limitá-lo. A Carta Magna realiza sua tarefa ao instrumentalizar os direitos nela positivados para garantir as prestações positivas necessárias a fim de efetivar a dignidade da pessoa humana, mas também cercear o Poder do Estado, resguardando a autonomia individual. Em suma, é um exercício de ponderação desempenhado pela lei maior.

No Brasil, o fenômeno mais mencionado para exemplificar a influência do neoconstitucionalismo é a chamada "Constitucionalização do Direito Civil", isto é, nada além

---

<sup>22</sup> TANAKA, Sônia Yuriko Kanashiro, coordenadora (vários autores). **Direito Constitucional**. 1ª ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 59

<sup>23</sup> PADILHA, Rodrigo. **Direito Constitucional**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2020. p. 6

da necessária e presumível irradiação da Lei Maior sobre os diplomas infraconstitucionais, constituindo as bases para a construção de um Estado Social<sup>24</sup>:

A constitucionalização do direito civil é consequência inevitável da natureza do Estado social, que é a etapa que a humanidade vive contemporaneamente do Estado moderno, apesar de suas crises, das frustrações de suas promessas e dos prenúncios de retorno ao modelo liberal, apregoados pelo neoliberalismo, que pretende afastar qualquer intervenção estatal ou consideração de interesse social das relações privadas (LÔBO: 2021, p.23).

Ou seja, é característico do estado social a intervenção na vida privada do cidadão, de forma a protegê-lo, afastando, assim, a concepção conservadora, elitista, tradicional e individualista do estado liberal. Sobre o referido modelo de Estado, trazido pela ideia do novo constitucionalismo. Sobre isto, Maria Berenice Dias (2021) explica: “A intervenção do Estado nas relações de direito privado permite o revigoração das instituições de direito civil e, diante do texto constitucional, forçoso ao intérprete redesenhar o tecido do direito civil à luz da Constituição”<sup>25</sup>.

O que pouco se diz, no entanto, é que a incidência do espírito constitucional nas relações privadas dá-se, em verdade, por meio da Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais. É este o instituto que estabelece o nexó teórico e jurídico entre a Constituição e os vínculos de particulares. Assim, é possível caracterizar a referida teoria como genuína moldadora do Direito Civil brasileiro, a partir das disposições constitucionais<sup>26</sup>:

[...] o debate em torno da chamada “constitucionalização” teve início nas trincheiras do direito civil e, ao menos no Brasil, foram os civilistas que defenderam com pioneirismo a aplicação direta das normas constitucionais às relações privadas. Pela própria matéria com que lidam (relações entre particulares), os civilistas foram logo forçados a trazer para o terreno dos fatos as normas constitucionais, fazendo-as incidir diretamente sobre os casos concretos. (TERRA; 2016, p. 8).

### 2.3 DIREITO DAS FAMÍLIAS

Outro ponto de fundamental importância e centralidade neste estudo e que precisa ser elucidado para compreensão de futuras conclusões e reflexões é a demarcação ideológica do Direito Familiar sob a qual nos apoiaremos.

<sup>24</sup> LÔBO, Paulo. **DIREITO CIVIL: PARTE GERAL: VOLUME 1**. 10 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2021. p. 23

<sup>25</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 14. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2021, p. 51

<sup>26</sup> TERRA, Aline Miranda Valverde. **Direito civil constitucional**. Coordenação: SCHEIBER, Anderson; KONDER, Carlos Neson. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 23

Preliminarmente, é preciso assumir que utilizaremos, sem qualquer pudor, as definições propostas por Maria Berenice Dias sobre o Direito Familiar. É por entender que as concepções da autora são mais completas e inclusivas, trazendo a luz dos Direitos Humanos para a interpretação do Direito Civil e enfrentando os dogmas e lacunas dos textos legais e da doutrina conservadora, que optamos por utilizar sua obra como a principal fonte de pesquisa para este trabalho, principalmente naquilo que tange o Direito das Famílias.

“Direito das Famílias” é o termo amplamente difundido da obra de Dias para referir-se ao ramo do Direito Civil que tutela à vida familiar, em oposição ao tradicional “Direito de Família”. Tal opção dá-se pela necessidade de incluir na esfera de proteção do ordenamento jurídico a pluralidade das constituições familiares, a fim de abarcar “as famílias, todas elas, sem discriminação, tenham a forma que tiver”<sup>27</sup>, e não somente as concepções legal ou culturalmente desenhadas.

Os textos normativos internos e externos, quase que por unanimidade, atribuem forte importância à família como instituição, por entender esta como alicerce da sociedade. Um exemplo bastante comum de onde se extrai tal conclusão é o artigo XVI 3 da Declaração Universal dos Direitos Humanos: A família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção da sociedade e do Estado.

O problema reside nos limites de incidência que a proteção familiar historicamente foi sujeitada. De forma geral, o direito por muito tempo considerou digna de proteção somente a chamada “família tradicional”, composta por um homem e uma mulher devidamente casados e seus filhos, obedecendo uma ordem hierarquizada e patrimonial. Aqui evocamos, mais uma vez, os ensinamentos de Maria Berenice Dias (2021):

Em uma sociedade conservadora, para merecer aceitação social e reconhecimento jurídico, o núcleo familiar dispunha de perfil hierarquizado e patriarcal. Necessitava ser chancelado pelo que se convencionou chamar de matrimônio, pela forte influência da igreja, que o tem na conta de um sacramento.

A família tinha formação extensiva, verdadeira comunidade rural, integrada por todos os parentes, formando unidade de produção, com amplo incentivo à procriação. Tratava-se de uma entidade patrimonializada, cujos membros representavam força de trabalho. O crescimento da família ensejava melhores condições de sobrevivência a todos (DIAS; 2021, p. 42)

No entanto, o Direito Familiar possui uma particularidade que o diferencia dos demais ramos do direito privado, qual seja, a necessidade de urgência na atualização de seus

---

<sup>27</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 14. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2021, p. 44

dispositivos. Isto ocorre na medida em que este ramo do direito está intrinsicamente ligado ao íntimo das pessoas, aos seus sentimentos e sua vida, condições estas que estão em constante evolução e, por consequência, demandam frequente oxigenação das normas que o compõe.

Com a evolução da sociedade, evidenciou-se a possibilidade de existência de laços de afeto nas mais diversas configurações de agrupamentos pessoais, ou seja, constatou-se que existem inúmeras formas de viver em família, de buscar a felicidade de forma conjunta.

Como no presente texto adota-se o afeto como o critério diferenciador da família, isto é, o elemento que subtrai uma relação dos outros ramos do direito privado, faz-se opção pela terminologia Direito das Famílias, em um esforço de se posicionar no sentido de que merece a proteção do direito toda e qualquer forma de família encontrada na materialidade.

Para sintetizar as posições tomadas neste trabalho quanto ao Direito das Famílias, recorremos, mais uma vez, às palavras de Maria Berenice Dias (2021):

Mesmo depois de a Constituição Federal ter enlaçado no conceito de entidade familiar várias estruturas de convívio, o Código Civil continua falando em direito de família e trata quase que exclusivamente de uma modalidade de família: a constituída pelo casamento.

Ora, um olhar acaba levando a uma comunhão de vidas, ao comprometimento mútuo e a responsabilidades recíprocas, que o Direito se arvora na obrigação de regular.

Cada vez mais a ideia de família afasta-se da estrutura do casamento. O divórcio e a possibilidade do estabelecimento de novas formas de convívio revolucionaram o conceito sacralizado de matrimônio. A constitucionalização da união estável e do vínculo monoparental operou verdadeira transformação na própria família. Assim, na busca do conceito de entidade familiar, é necessário ter uma visão pluralista, que albergue os mais diversos arranjos vivenciais. (DIAS; 2021, p. 11).

### 3. INTERCESSÃO: DIREITO DAS FAMÍLIAS CONSTITUCIONAL

Tendo em mãos os conceitos basilares para a continuação da presente análise, nos cabe compreender a forma como os Direitos Fundamentais modelaram o Direito das Famílias, sobretudo por meio da Constituição e sua inerente posição ao topo do ordenamento jurídico.

Observamos que a intervenção estatal nos institutos do Direito Civil, incluindo o Direito das Famílias, permitiu o revigoramento destes dispositivos e a extensão destes à uma maior diversidade de indivíduos caracterizando Estado social, de cujas transformações seriam impensáveis na vigência do Estado Liberal<sup>28</sup>:

O Direito Civil constitucionalizou-se, se afastou da concepção individualista, tradicional e conservadora-elitista da época das codificações do século passado. Em face da nova tábua de valores da Constituição, ocorreu a universalização e a humanização do Direito das Famílias, o que acabou por provocar um câmbio de paradigmas (DIAS; 2021, p.51-52)

A necessidade de observância dos preceitos constitucionais na criação e interpretação de todas as normas de nosso ordenamento deu origem ao movimento conhecido como constitucionalização do Direito Civil. Tal tema é amplamente explorado em doutrinas de Direito Civil, até nas mais conservadoras e não pode deixar de ser abordado neste trabalho, tendo em vista ser o ponto que melhor evidencia o impacto dos Direitos Humanos no Direito Familiar nacional.

#### 3.1 DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL

Neste tópico de constitucionalização do Direito Civil, observaremos, de forma mais evidente, os processos formais pelos quais os Direitos Fundamentais emanam da Carta Magna para atuarem como agentes moduladores da legislação infraconstitucional - privada, neste caso, tanto no que tange ao processo legislativo quanto na interpretação das normas, exigindo uma hermenêutica que seja eficaz no exercício de ponderação de direitos. Assim, os princípios

---

<sup>28</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 14. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2021, p. 51

elencados na lei maior tornam-se verdadeiras fontes normativas nas quais bebem as normas comuns<sup>29</sup>.

É importante frisar que o cenário da Europa pós-Segunda Guerra Mundial é o que enseja a necessidade de realizar uma releitura dos Códigos Civis, sob a luz das Constituições. Naquela ocasião, diversas nações decidiram por editar novas Cartas Magnas, as quais expressam o renovado (e mais fortalecido do que nunca) compromisso com a democracia, com a proteção à dignidade da pessoa humana e com os valores de solidariedade e fraternidade social.

Tal necessidade foi sentida mais imediatamente e de forma mais intensa nos países cujos regimes autoritários saíram derrotados da guerra, por razões óbvias. Nesta conjuntura é de se esperar o choque frontal entre os novos textos, inspirados em ideias humanistas, democráticas e de direito, e os, então vigentes, diplomas de Direito Civil, ainda fortemente influenciados pelo individualismo patrimonialista, característica sustentáculo das ideologias de extrema-direita e, conseqüentemente dos regimes de caráter fascista que restaram extirpados.

Um exemplo bastante emblemático da referida divergência é o que tange o direito à propriedade privada. De um lado, as novas normas constitucionais, com raras exceções, vinculavam o supramencionado direito à ideias como: “função social”, “acessibilidade à todos” e “direito à moradia”. Por outro lado, as legislações civis seguiam conceituando a propriedade como “direito de gozar e dispor de coisa, de modo pleno e exclusivo”, sem menção alguma à necessária função social, que as novas Constituições, sabiamente, instituíram.

Tal antagonismo, longe de ser apenas o produto de alguma forma de anacronismo, de uma desatualização facilmente corrigível, eram, em verdade, o resultado de um feroz embate ideológico, de valores, configurando uma situação que pode ser descrita como uma colisão axiológica entre os Códigos Civis e as Constituições.

Deve-se mencionar que a percepção geral à época era que os diplomas civis apresentavam valores mais fidedignos à realidade social, sendo verdadeiras codificações lógicas-jurídicas, à medida em que gozavam de estabilidade. Por outro lado, as Constituições, eram vistas como instáveis, fortemente sujeitas à influência política. Nesse sentido, há de se

---

<sup>29</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 14. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2021, p. 41

mencionar, a título de exemplo, o Código Civil Alemão que, àquela altura, já havia sobrevivido a nada menos do que três Cartas Constitucionais profundamente diferentes entre si; ou então o Code Napoléon, na França que, ao tempo da Segunda Guerra Mundial, já era, há muito, considerado símbolo nacional do Estado francês<sup>30</sup>.

Neste contexto, fazendo valer de seu prestígio, advindo de longa tradição histórica, o Direito Civil passa a desempenhar uma importante dimensão política, ao reformular as relações entre particulares, agora de acordo com o que foi estabelecido pelo constituinte, agindo em prol da unidade no ordenamento<sup>31</sup>. O Código Civil então, com a superação do constitucionalismo moderno, deixa de ser a codificação liberal, “a constituição do homem comum” e passa a andar lado a lado à Constituição, consagrando a necessária aproximação entre Estado e sociedade civil.

Antes havia a disjunção; hoje, a unidade hermenêutica, tendo a Constituição como ápice conformador da elaboração e da aplicação da legislação civil. A mudança de atitude é substancial: deve o jurista interpretar o CC segundo a Constituição e não a Constituição segundo o CC, como ocorria com frequência [...] (LÔBO; 2021, p 21).

Em verdade, por ser o direito privado, notavelmente o direito civil romano-germânico, muito mais antigo que as Constituições (e o direito público, em geral), é possível perceber certo nível de horizontalidade nas trocas advindas da aproximação dos referidos rumos jurídicos, tanto em aspectos formais quanto na esfera material. A saber, diversas categorias, conceitos e classificações aplicados à Constituição Federal de 1988 advém do Direito Civil. Também, são diversos os direitos fundamentais que constituem, originalmente, fundamentos do direito civil elevados ao patamar Constitucional<sup>32</sup>.

É certo que os fundamentos do ordenamento jurídico civil foram absorvidos pela Constituição, na medida em que diferentes conceitos do direito constitucional como propriedade, família e contrato só são explicáveis se considerarmos a prévia definição jusprivatista de seu conteúdo. (LÔBO; 2021, p. 21).

Por tais razões, é necessário encarar o ordenamento como um todo a partir de uma hermenêutica axiológica e não apenas lógica, devendo-se almejar pela contemplação do todo e pela exaltação do espírito da Carta Maior como regente de todos os corpos normativos.

<sup>30</sup> TERRA, Aline Miranda Valverde. **Direito civil constitucional**. Coordenação: SCHEIBER, Anderson; KONDER, Carlos Neson. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 4

<sup>31</sup> RAISER, Ludwig. **Il compito del diritto privato**. Trad. Marta Graziadei. Milano: Giuffrè, 1990. p. 174

<sup>32</sup> LÔBO, Paulo. **DIREITO CIVIL: PARTE GERAL: VOLUME 1**. 10 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2021. p. 21

Também, imprescindível é tomar por conta as consequências da aplicação do direito ao caso concreto, adotando uma aceção sistemática frente a realidade na qual incidirá a norma, sob pena de dirimir a efetividade da vontade do constituinte e desoxigenar a Carta Magna e, conseqüentemente, a legislação infraconstitucional<sup>33</sup>.

### 3.1.1 HISTÓRICO DO CASO BRASILEIRO

A Constitucionalização do Direito Civil brasileiro, deve-se dizer, encontra suas origens a partir da Constituição de 1934, tendo sido etapa primordial para a Consolidação do Estado Democrático de Direito, afastando-se do passado liberal a fim de promover a justiça social e a solidariedade.

Tal processo de constitucionalização foi aprofundado com o advento da Constituição de 1988, na qual fundamentos essenciais do direito civil foram organizados e regularizados em normas constitucionais autônomas. A título de exemplo, direitos de natureza privada, como a liberdade (art. 5º, CRFB/88), a imagem, a honra (Art. 5º, V, CRFB/88), a intimidade e a vida privada (art. 5º, X, CRFB/88), entre tantos outros, ganharam o amparo da lei constitucional<sup>34</sup>.

Especificamente sobre os direitos de personalidade, Francisco Amaral (2018) detalha o processo de constitucionalização, evidenciando o binômio que se estabelece com a legislação infraconstitucional<sup>35</sup>:

Em nosso país, esse processo harmoniza-se hoje com um novo sistema, o do Código Civil, a sedes materiais, em que se desenvolvem e positivam os princípios constitucionais de natureza civil. De modo mais específico, pode-se dizer que a proteção aos direitos da personalidade é de natureza constitucional, no que diz respeito aos princípios fundamentais que regem a matéria e que estão na Constituição, e é de natureza civil, penal e administrativa, quando integrante da respectiva legislação ordinária. (AMARAL; 2018, p. 362).

Em verdade, a Constituição Federal de 1988 e o Código Civil de 2002, possuem um inter-relacionamento crescente, com diversos aspectos ainda por serem explorados. Termos como “Direito Civil Constitucional” deixaram a exclusividade das correntes minoritárias dentre

<sup>33</sup> TERRA, Aline Miranda Valverde. **Direito civil constitucional**. Coordenação: SCHEIBER, Anderson; KONDER, Carlos Neson. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 14

<sup>34</sup> LÔBO, Paulo. **DIREITO CIVIL: PARTE GERAL: VOLUME 1**. 10 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2021. p. 22

<sup>35</sup> AMARAL, Francisco. **Direito civil : introdução**. 10. ed. revista e modificada – São Paulo : Saraiva Educação, 2018, p. 362

os civilistas brasileiros, para estrelar capas de livros e centenas de artigos acadêmicos sobre o processo de constitucionalização, tornando a matéria objeto de estudo e análise em si própria.

O que se pode concluir em alguns poucos anos de dialética sobre o tema é pela necessidade constante de se aplicar o direito civil (e todos os outros) sob a luz da Constituição, não apenas de forma teórico-interpretativa, mas com incidência no mundo real, nos processos em andamento nas Varas Cíveis e de Família e Tribunais Brasil afora, nos acordos de divórcio e alimentos, nos despejos, nas precatórias, nas indenizações etc. O que antes era mera corrente metodológica caminha para se tornar unanimidade dentre os pensadores, operadores e criadores do direito.

Há quem argumente que tal processo esvazia o direito civil, quando a verdade é justamente o contrário: a necessária remodelação tem por objetivo superar a segregação entre as esferas pública e privada do Direito. Afinal, o espírito de um ordenamento jurídico deve ser uno, dirimindo as incoerências e contemplando o todo, conforme as premissas do Estado Democrático de Direito<sup>36</sup>

### 3.1.2 OS IMPACTOS DA CRFB/88 NO DIREITO DAS FAMÍLIAS

É verdade que o Direito das Família é, por si, volátil, sujeito à diversas mudanças conforme o conceito de família é aprimorado pelo conjunto social e a correlação de forças políticas se reordena, porém, também é verdadeiro que a Constituição Federal de 1988, resultado de um amplo e democrático debate, foi uma grande catalisadora dos processos de transformação do Direito familiar no contexto brasileiro.

Um breve resgate da história constitucional brasileira nos permite extrair que a inserção do tema das famílias no texto maior só veio a ocorrer, de forma considerável, na Constituição de 1934. A partir desta, todas as que seguiram dedicaram capítulos à matéria em questão. No entanto, nenhuma Constituição anterior tutelou tantos dispositivos do Direito das Famílias quanto a Carta de 1988.

Ao elencar, como fundamentos e princípios, valores como os de dignidade da pessoa humana, redução das desigualdades, solidariedade social e erradicação da pobreza, a então nova Lei Maior contrapunha-se frontalmente ao Código Civil de 1916, vigente naquele momento. O

---

<sup>36</sup> TERRA, Aline Miranda Valverde. **Direito civil constitucional**. Coordenação: SCHEIBER, Anderson; KONDER, Carlos Neson. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 1.

diploma civil em questão era inspirado em ideias antagônicas à da nova Constituição, notavelmente, o paternalismo, o patriarcado e a filosofia liberal e individualista, principalmente.

É importante entender as influências que auxiliaram a construção desse posicionamento da Constituição em relação às famílias. Em grande parte, tais compreensões remetem aos movimentos sociais e a revolução dos costumes nas décadas de 60 e 70, especialmente o movimento feminista e o pensamento psicanalítico. Foram essas as bases que justificaram a proteção constitucional a uma gama mais diversa de famílias, aquelas não constituídas pelo casamento<sup>37</sup>.

Neste diapasão, temos o reconhecimento de que “família” consiste em um conceito plural, o que vem sendo reafirmado e ecoado pela doutrina e pela jurisprudência nacional:

[...] Inaugura-se com a Constituição Federal de 1988 uma nova fase do direito de família e, conseqüentemente, do casamento, baseada na adoção de um explícito poliformismo familiar em que arranjos multifacetados são igualmente aptos a constituir esse núcleo doméstico chamado “família”, recebendo todos eles a “especial proteção do Estado”. Assim, é bem de ver que, em 1988, não houve uma recepção constitucional do conceito histórico de casamento, sempre considerado como via única para a constituição de família e, por vezes, um ambiente de subversão dos ora consagrados princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana. Agora, a concepção constitucional do casamento – diferentemente do que ocorria com os diplomas superados – deve ser necessariamente plural, porque plurais também são as famílias e, ademais, não é ele, o casamento, o destinatário final da proteção do Estado, mas apenas o intermediário de um propósito maior, que é a proteção da pessoa humana em sua inalienável dignidade.[...] (STJ, REsp 1.183.378/RS, 4ª turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, publicado em 01.02.2012).

Dentre os conceitos, concernentes ao Direito das Famílias, aprimorados pela Constituição Federal de 1988, podemos destacar a igualdade entre homens e mulheres; os institutos de filiação, casamento e divórcio; e a pluralidade de configurações familiares.

Todos estes tópicos são relevantes ao presente trabalho, na medida em que as situações de embate judicial situadas nestas temáticas podem significar a possibilidade da incidência direta dos princípios constitucionais que os organizam na realidade processual do Direito das Famílias. Assim, fica justificada a imprescindibilidade da abordagem deste tema para o andamento deste trabalho.

---

<sup>37</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito das Famílias**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 14.

#### 4. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS IRRADIADOS AO DIREITO DAS FAMÍLIAS

A ideia da Constituição como carta de princípios na qual se alicerceia todo o ordenamento jurídico provocou profundas transformações no Direito das Famílias, vez que houve uma verdadeira reconstrução no conceito de pessoa, demandando uma proteção mais completa à personalidade<sup>38</sup>

O comando de interpretação conforme a constituição inaugura o entendimento de que os Direitos Fundamentais podem ser oponíveis à qualquer agrupamento social, inclusive à própria família. Esta remodelação sustenta a ideia central deste trabalho: a possibilidade de evocar os Direitos Fundamentais nas relações familiares.

Neste diapasão, verificamos a existência de princípios Constitucionais próprios às relações familiares e em processo de absorção pelas legislações, doutrinas e jurisprudências dessa área. Assim, torna-se necessário, por parte dos operadores do direito, a revisitação de cada instituto do Direito Familiar de forma a adequar suas estruturas ao conteúdo constitucional<sup>39</sup>.

Devemos pontuar, no entanto, que nem todos os princípios de que tratamos encontram-se positivados de forma explícita em nossa Carta Maior. Daí a necessidade de se reconhecer os desdobramentos principiológicos que dão origem à inúmeros princípios constitucionais implícitos. Dentre estes, é impossível precisar quantos e quais são aplicáveis à realidade do Direito das Famílias, variando tais concepções conforme a interpretação de cada autor.

Ainda sobre os princípios implícitos, uma consideração merece ser feita: estes não nascem do desejo de legislar do doutrinador ou do julgador. São, em verdade, fruto de uma interpretação expansiva dos direitos explicitamente positivados e o fato de serem derivados não configura situação em que se justifique minimizar a força normativa destes frente aos mencionados de forma explícita nos textos normativos:

Atente-se, ainda neste contexto, para o significado da expressão “implícitos”, que, no sentido etimológico, pode ser considerado o que está subentendido, o que está envolvido, mas não de modo claro. Neste sentido, verifica-se que a categoria dos direitos implícitos pode corresponder também — além da possibilidade de dedução de um novo direito fundamental com base nos constantes do catálogo — a uma extensão (mediante o recurso à hermenêutica) do âmbito de proteção” de determinado direito fundamental expressamente positivado, cuidando-se, nesta hipótese, não tanto da criação jurisprudencial de um novo direito fundamental, mas, sim, da redefinição do

<sup>38</sup> MARTINS-COSTA, Judith. **Os danos à pessoa no direito brasileiro e a natureza da sua reparação**. São Paulo: Ed. RT, v. 789, 2001, p. 21.

<sup>39</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Famílias**. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2019. vol. 6. p. 123.

campo de incidência de determinado direito fundamental já expressamente positivado (SARLET; 2009, p. 89).

Feitas tais considerações, é preciso compreender que nossa Constituição ocupa-se ainda a outorgar ordens estritas às famílias, à sociedade e ao Estado, veja o que diz Maria Berenice Dias (2021):

A Constituição, no que respeita às relações estritamente familiares, imputa deveres fundamentais ao Estado, à sociedade e à família. Para o direito atual, o Estado é pessoa jurídica, a sociedade é uma coletividade indeterminada e a família, entidade não personalizada. Os três são grupos integrados por pessoas (DIAS; 2021, p. 56).

Vale o nosso destaque, antes de avançar para princípios mais específicos, para o mais universal de todos os princípios: a dignidade da pessoa humana. Qualquer dispositivo de direito familiar deve, de forma obrigatória, ser interpretado sob a luz deste do qual deriva todos os outros direitos fundamentais e que constitui verdadeiro epicentro axiológico da ordem jurídica brasileira<sup>40</sup>.

Finalmente, a fim de identificar tais direitos nos Estudos de Caso a seguir, comprovando ou não a incidência de direitos fundamentais em casos concretos de direito familiar, entendemos por oportuno, realizar demonstração exemplificativa do tópico em questão. Para tanto utilizaremos, inicialmente, os princípios elencados por Francisco Amaral (2018) como alguns daqueles irradiados da Constituição Federal à legislação familiar<sup>41</sup>:

- a. Competência da lei civil para regular os requisitos, celebração e eficácia do casamento e sua dissolução;
- b. Dissolução do matrimônio pelo divórcio (CRFB/88, art. 226, §6º);
- c. Estabelecimento da família como instituição básica da sociedade (CRFB/88, art. 226);
- d. Fim da exclusividade do casamento como critério definidor da família;
- e. Princípio da paternidade responsável, outorgando ao Estado a responsabilidade de proporcionar recursos educacionais e científicos para tanto (CRFB/88, art. 226, §7º);
- f. Proteção da Infância (CRFB/88, art. 227);
- g. Proteção do Idoso (CRFB/88, art. 230);

<sup>40</sup> SARMENTO, Daniel. **Ponderação de interesses na Constituição Federal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 60.

<sup>41</sup> AMARAL, Francisco. **Direito Constitucional: a eficácia do Código Civil brasileiro após a Constituição**. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Anais do | Congresso Brasileiro de Direito de Família**. Repensando o Direito de Família. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. p. 319.

Dentre tantos importantes direitos, elegemos merecedores de destaque nesta pesquisa, três princípios que entendemos dialogarem de maneira mais estratégica com o Direito das Famílias, figurando como fontes cruciais de direito em diversas temáticas de família.

Veja que, considerando a existência de inúmeros princípios constitucionais que podem ser considerados inerentes aos institutos do Direito das Famílias, se faz imperativa a escolha de recortes específicos os quais a seguir desenvolveremos. O critério que explica a opção por estes três é a repercussão destes nos casos concretos que nos dispomos a estudar em tópico posterior. Findas as considerações metodológicas, segue a apresentação de três direitos fundamentais com profundas ligações às temáticas de família:

O primeiro deles, trazido à luz por Paulo Lôbo (2020) e que nos parece de extrema importância é a verdade real da família socioafetiva<sup>42</sup>. Nas palavras de Lôbo (2020), o princípio em questão carrega como substrato o direito à convivência familiar e todos os outros dos quais dele derivam. Este é um direito titularizado pela criança e pelo adolescente (mas também pelos idosos) e oponível à família, à sociedade e ao Estado, perpassando o exercício do poder familiar, o direito de visita, dentre outros.

Para Maria Berenice Dias (2021), o critério da verdade real, em conjunto à verdade biológica, no que diz respeito à tutela do Direito das Famílias, foi, por muito tempo preterido em defesa do dogmática do casamento como único capaz de chancelar a unidade familiar institucionalmente reconhecida:

A família constituída pelo casamento era a única a merecer reconhecimento e proteção estatal, tanto que sempre recebeu o nome de família legítima. É desprezada a verdade biológica e gerada uma paternidade jurídica, por presunção, independente da verdade real. Para a biologia, pai é unicamente quem fecunda uma mulher que, levando a gestação a termo, dá à luz um filho. Para o direito, o conceito sempre foi diverso. Pai é o marido da mãe. Às claras uma paternidade tendo por base a moral familiar (DIAS; 2021. p.204).

Também de suma importância, é o Princípio do Melhor Interesse da Criança, igualmente defendido por Paulo Lôbo (2020) e principal sustentáculo de fundamentação do Estatuto da Criança e do Adolescente, diploma de Direito das Famílias, por excelência. Lôbo (2020) define o princípio da seguinte forma:

O princípio do melhor interesse significa que a criança [...] deve ter seus interesses tratados com prioridade, pelo Estado, pela sociedade e pela família, tanto na elaboração

---

<sup>42</sup> LÔBO, Paulo. **Direito Civil: volume 5: famílias** - 10. ed. - São Paulo: Saraiva Educação, 2020. E-Book, Local 1598

dos direitos que lhe digam respeito, notadamente nas relações familiares, como pessoa em desenvolvimento e dotada de dignidade (LÔBO, 2020, l. 1625).

O que temos aqui é um avanço de direito importantíssimo, pois significa verdadeira inversão na lógica do pátrio poder. Não mais a autoridade parental existe em função do pai, mas sim pelo interesse da prole. Finalmente, o ordenamento brasileiro passa a considerar a criança e o adolescente como sujeitos de direito e pessoas em condição peculiar de desenvolvimento, afastando-se completamente da lógica patrimonialista que então vigorava<sup>43</sup>.

A introdução deste princípio no direito das famílias provoca uma série de repercussões em situações de direito concretas, notavelmente sobre as que envolvem aqueles a quem o Código Civil de 1916 referia-se por “filhos ilegítimos”, em uma injustificável afronta ao princípio da igualdade (com o perdão pelo anacronismo).

À época de sua vigência, o Código Civil de 1916 estabelecia diferença expressa entre os chamados filhos “legítimos” e “ilegítimos” (Capítulo IV do CC/1916), sendo que os últimos, vulgarmente denominados por expressões vexatórias do tipo: “espúrios”, “adulterinos” ou “incestuosos”, eram alijados de qualquer direito, não podendo sequer ser reconhecidos durante a constância do matrimônio do genitor (em determinadas circunstâncias, a saber, dos considerados “adulterinos” e “incestuosos”, o reconhecimento era nem mesmo permitido [art. 358 do CC/1916])<sup>44</sup>, ou seja, uma verdadeira aberração jurídica.

A parte de duas normas, dec.-lei 4.737/1942 e Lei 883/1949, as quais, de maneira bastante limitada e covarde, abrandaram alguns aspectos da discriminação institucional contra aqueles considerados filhos “ilegítimos”, foi apenas a Constituição Federal de 1988, por meio do Princípio do Melhor Interesse da Criança, igualou os filhos de qualquer origem familiar.

Nas palavras de Maria Berenice Dias (2021), sintetizamos o avanço advindo do princípio do melhor interesse para a dignidade dos filhos gerados fora de casamentos reconhecidos: “Agora a palavra “filho” não comporta nenhum adjetivo. Não mais cabe falar em filhos legítimos, ilegítimos, naturais, incestuosos, espúrios ou adotivos. Filho é simplesmente “filho”<sup>45</sup>.

---

<sup>43</sup> LÔBO, Paulo. **Direito Civil: volume 5: famílias** - 10. ed. - São Paulo: Saraiva Educação, 2020. E-Book, Local 1625

<sup>44</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 14. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2021, p. 148

<sup>45</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 14. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2021, p. 71

Por fim, chegamos ao último dos direitos selecionados para uma exposição mais detalhada, o mais basilar dentre todos, extensamente debatido na doutrina e na jurisprudência e repleto de desdobramentos: trata-se da igualdade entre homem e mulher, tanto na dimensão formal quanto na material.

Enquanto o Código Civil de 1916 apontava o marido como “chefe da sociedade conjugal” (art. 233, caput, do CC/1916), a Magna Carta vigente consagra a igualdade, formal e material, entre homens e mulheres como direito fundamental (art. 5º, I, e art. 226, §5º da CRFB/88), ao passo em que confere a estes direitos status de cláusula pétrea, tamanha a necessidade de proteção vislumbrada pelo contexto pós-ditatorial e por todo o histórico de lutas que conquistou a mudança<sup>46</sup>.

Pela primeira vez na história da nação, a igualdade entre homens e mulheres era expressamente consagrada pelo ordenamento jurídico (art. 5º, da CRFB/88), bem como a igualdade no que diz respeito aos direitos e deveres da vida conjugal (art. 226, §5º, da CRFB/88).

Em que pese o princípio de igualdade estar presente na constituição de 1937, de forma bastante superficial, esse não se atrevia a tocar em questões concernentes à gênero e tampouco almejava transformar a materialidade<sup>47</sup>.

A partir deste ponto primordial, é possível visualizar como o espírito de democracia horizontal e dialética age de forma a desestruturar hierarquia conjugal, os pré-conceitos relacionados às famílias e, conseqüentemente, a autoridade familiar, passam a sofrer um intenso processo de evolução filosófica, que pode ser observada a partir de seus desdobramentos materiais<sup>48</sup>:

[...] afastam-se os conceitos de família que colocam os seus membros numa posição de hierarquia, dada a igualdade do homem e da mulher no grupo formado. Na verdade, nem mais de hierarquia se cogita entre pais e filhos, eis que a relação do genitor com a prole passou a ter nova conotação, diferentemente de outrora, quando era absoluto o poder do primeiro (RIZZARDO; 2019, p. 12).

O reconhecimento da igualdade entre homens e mulheres como direito fundamental, sob o qual deve ser interpretado o Direito das Famílias, já provocou intensas mudanças no

<sup>46</sup> TERRA, Aline Miranda Valverde. **Direito civil constitucional**. Coordenação: SCHEIBER, Anderson; KONDER, Carlos Neson. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 6

<sup>47</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p.153-154

<sup>48</sup> RIZZARDO, Arnaldo. **Direitos de Família**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 12

ordenamento jurídico, bem como no tecido sociocultural brasileiro. No entanto, diversas questões em aberto que concernem ao direito família podem e precisam buscar soluções que valorizem este importante direito.

Todos os direitos supramencionados que compõe nosso rol exemplificativo, além de tantos outros e dos desdobramentos possíveis de cada um, podem ser objeto para evocar a Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais em juízo, vislumbrando, desde logo, possibilidades concretas de incidência direta de direitos fundamentais no direito das famílias.

Passemos, então, à análise de casos concretos, a fim de verificar a maneira pela qual os princípios aqui mencionados e discorridos e outros, os quais não tivemos a oportunidade de explorar com mais ênfase, incidem sobre a realidade do Direito das Famílias. Desta forma, obteremos o subsídio necessário para responder à questão enseja o desenvolvimento desta pesquisa.

## 5. ESTUDO DE CASOS

A investigação jurisprudencial talvez seja o ponto mais crucial de toda esta pesquisa. A partir dos casos que serão estudados, constituiremos o arcabouço necessário para discutir o tema proposto neste trabalho, qual seja, as possibilidades de incidência da Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais na realidade do Direito das Famílias nacional.

Para esta análise, recorreremos ao estudo de cinco *leading cases com repercussão geral* que tramitam ou tramitaram pelo Supremo Tribunal Federal, para obtermos amostras tanto de questões já pacificadas, como daquelas ainda em debate. Desta forma, pretendemos agregar uma perspectiva mais ampla para fundamentar a discussão principal.

Todos os temas aqui relacionados, em maior ou menor grau, ainda encontram espaço para ser debatidas tanto no âmbito do Judiciário como pelo conjunto social, sendo verificada a atualidade destes. Assim sendo, passemos ao estudo individual dos cinco casos selecionados.

### 5.1 RE 646721 e RE 878694

O primeiro caso, constituído no recurso extraordinário de nº 646721, trata da possibilidade de sucessão aos casais homoafetivos e é descrito como “Recurso extraordinário em que se discute, à luz dos artigos 1º, III; 5º, I e 226, §3º, da Constituição Federal, o alcance do direito da sucessão legítima decorrente da união estável homoafetiva”. O recurso foi protocolado em 21 de junho de 2011 e, a partir de 10 de julho de 2013, teve como relator o então Ministro Marco Aurélio de Mello, tendo transitado em julgado em 28 de março de 2019 e cujo acórdão fora redigido pelo Ministro Luís Roberto Barroso.

Em 10 de maio de 2017, o RE 646721 foi julgado em conjunto a um outro RE, de nº 878.694, relatador pelo Ministro Luis Roberto Barroso que também trata sobre a questão das sucessões nas unidades familiares homoafetivas. Este, no entanto, concentra-se na necessidade de reanálise da distinção sucessória entre diferentes entidades familiares, reconhecendo a inconstitucionalidade da referida distinção, qual viola o artigo 226 da CRFB/88 e o princípio constitucional da igualdade. Nesta ocasião, fica estabelecida a vedação da hierarquização entre unidades familiares, evocando princípios constitucionais para declarar a inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil, conforme pode se verificar na Ementa:

Ementa: Direito constitucional e civil. Recurso extraordinário. Repercussão geral. Inconstitucionalidade da distinção de regime sucessório entre cônjuges e companheiros.

1. A Constituição brasileira contempla diferentes formas de família legítima, além da que resulta do casamento. Nesse rol incluem-se as famílias formadas mediante união estável. 2. Não é legítimo desequiparar, para fins sucessórios, os cônjuges e os companheiros, isto é, a família formada pelo casamento e a formada por união estável. Tal hierarquização entre entidades familiares é incompatível com a Constituição de 1988. 3. Assim sendo, o art. 1790 do Código Civil, ao revogar as Leis nºs 8.971/94 e 9.278/96 e discriminar a companheira (ou o companheiro), dando-lhe direitos sucessórios bem inferiores aos conferidos à esposa (ou ao marido), entra em contraste com os princípios da igualdade, da dignidade humana, da proporcionalidade como vedação à proteção deficiente, e da vedação do retrocesso. 4. Com a finalidade de preservar a segurança jurídica, o entendimento ora firmado é aplicável apenas aos inventários judiciais em que não tenha havido trânsito em julgado da sentença de partilha, e às partilhas extrajudiciais em que ainda não haja escritura pública. 5. Provimento do recurso extraordinário. Afirmação, em repercussão geral, da seguinte tese: “No sistema constitucional vigente, é inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros, devendo ser aplicado, em ambos os casos, o regime estabelecido no art. 1.829 do CC/2002” (STF. RE 878694 RG / MG. RELATOR: MIN. ROBERTO BARROSO. Data do julgamento: 10 de maio de 2017. Data publicação 6 de fevereiro de 2018).

Em 5 de maio de 2011, o Supremo Tribunal Federal julgou a ADI 4277 e a ADPF 132, de forma a reconhecer a possibilidade de aplicação dos dispositivos da estável para pessoas do mesmo sexo, isto é, estabelecendo a união homoafetiva como unidade familiar existente, válida e eficaz (ADPF nº 132-RJ ; ADI nº 4.277-DF).

Tal decisão implica conceber que a orientação sexual de um indivíduo não pode constituir barreira que vede o reconhecimento de seus direitos na esfera familista. Ou seja, em síntese, os efeitos jurídicos que incidem sobre essas unidades familiares precisam ser exatamente os mesmos que vinculam as famílias constituídas por casais heteroafetivos em nosso ordenamento.

Na prática, a decisão permitiu aos casais homoafetivos, nos termos no art. 1.723 do Código Civil, o reconhecimento da relação afetiva, a convivência pública, contínua e duradoura, o escopo de constituição de família e a possibilidade de conversão para o casamento.

A omissão da questão sucessória propriamente dita dentre os direitos finalmente reconhecidos foi o que motivou o RE em análise. Ao ser provocada, a Suprema Corte acertadamente entendeu que o direito sucessório ao cônjuge ou companheiro está associada à união formal e, por consequência, não há que se questionar a capacidade sucessória de companheiro, em detrimento do cônjuge.

A verdade é que o julgamento das ADPF nº 132 e ADI nº 4.277 constituíram verdadeiro marco no Direito das Famílias brasileiro e nos Direitos Humanos, de forma geral, ao corrigir, pelo menos formalmente, os históricos e sistemáticos erros que relegaram não apenas as famílias compostas por indivíduos do mesmo sexo, mas também aqueles que, por qual seja a

razão, não obtiveram a chancela legal do matrimônio, ao limbo legal e, em certas e lamentáveis situações, à criminalização. Sobre a importância das decisões em questão, vale citar o posicionamento de Maria Berenice Dias (2021):

Relacionamentos, antes clandestinos e marginalizados, adquiriram visibilidade. Dentro desse espectro mais amplo, não se pode excluir do âmbito do Direito das Famílias as uniões de pessoas do mesmo sexo. Os avanços da jurisprudência fizeram o STF declarar, com caráter vinculante e eficácia erga omnes, que as uniões homoafetivas são uma entidade familiar. A partir daí lhes foram assegurados todos os direitos, inclusive, acesso ao casamento. (DIAS; 2021, p. 441).

Tal mudança interpretativa, que convencionamos chamar “mutação constitucional”, não apenas amplia a titularidade dos direitos e deveres advindos do casamento formal como avança na concepção de família, desafiando seus contornos patriarcais, patrimoniais e de regulamentação legal. Com a vigência destes novos entendimentos, a família ganha contornos mais fidedignos ao espírito da Constituição Cidadão e bem mais integrados aos Direitos Fundamentais. Agora, trata-se de um instrumento de promoção da dignidade de seus membros e do desenvolvimento pessoal saudável<sup>49</sup>.

Esta situação já fora previamente discutida na V jornada de Direito Civil, ocorrida em 2011, resultando no enunciado nº 523, que interpreta o artigo 1.723 do Código Civil, o qual estabelece que “As demandas envolvendo união estável entre pessoas do mesmo sexo constituem matéria de Direito de Família”. Isso significa que direitos fundamentais como igualdade e dignidade da pessoa humana devem nortear toda construção jurisprudencial e doutrinária que se ocupe de tratar do núcleo familiar composto por pessoas do mesmo sexo.

Ora, não há lei que explicitamente tutele a questão da sucessão em famílias homoafetivas logo, para tratar desta questão não há que se falar em eficácia mediata ou indireta, haja vista que não há a figura do legislador como elaborador de norma específica sobre este assunto.

Assim, resta à eficácia horizontal dos direitos fundamentais proporcionar os insumos necessários para apreciar esta questão. Neste caso, em particular, vislumbramos a incidência direta dos direitos à igualdade entre homens e mulheres, à verdade real da família socioafetiva (ambos destacados no tópico anterior) e à liberdade de orientação sexual, todos reconhecidos

---

<sup>49</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 14. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2021, p. 586

na decisão de 2021, além do princípio da dignidade da pessoa humana, através de seu desdobramento que garante o direito à formação familiar com livre opção do projeto de vida.

Podemos constatar a incidência direta dos princípios constitucionais analisando os votos dos Ministros da Corte, ao conferir efeitos erga omnes à regra mais abrangente. Nesta decisão em particular, observamos a centralidade do princípio constitucional da igualdade, o qual foi valorizado pelos magistrados tanto em sua dimensão formal, quanto material:

A partir do momento em que o Supremo Tribunal Federal, invocando o princípio da igualdade, reconheceu a inconstitucionalidade do tratamento discriminatório entre casamento e união estável, em sede de concorrência sucessória, a vedação se estende para todo e qualquer dispositivo da legislação que desequilibre os dois institutos. E, como é vedado excluir direitos, onde está escrito casamento ou cônjuge, leia-se casamento ou união estável; cônjuge ou companheiro. Prevalece a regra mais abrangente, que concede mais direitos. (DIAS; 2021, p. 206).

Vejamos os votos do Recurso Extraordinário nº 646721 e comprovemos:

O Voto do Ministro Luís Roberto Barroso infere que a hierarquização de formações familiares “entra em contraste com os princípios da igualdade, da dignidade humana, da proporcionalidade como vedação à proteção deficiente e da vedação do retrocesso”. Inclusive quando declara a inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil, o Ministro Barroso se apoia, especialmente, sob a argumentação de violação dos direitos fundamentais:

Fica claro, portanto, que o art. 1.790 do CC/2002 é incompatível com a Constituição Federal. Além da afronta à igualdade de hierarquia entre entidades familiares, extraída do art. 226 da Carta de 1988, violou outros três princípios constitucionais, (i) o da dignidade da pessoa humana, (ii) o da proporcionalidade como vedação à proteção deficiente, e (iii) o da vedação ao retrocesso. (STF. RE 646721 RS. Data do julgamento: 10 de maio de 2017. Data publicação 6 de fevereiro de 2018).

O Relator, Ministro Marco Aurelio de Mello, assim como outros Ministros, utiliza extensivamente o precedente jurisprudencial da ADPF 132, relatada pelo então Ministro Ayres Britto, para fundamentar seu parecer favorável ao Recurso. Um trecho que nos parece bastante simbólico e ilustrativo quanto à questão da incidência horizontal dos Direitos Fundamentais no Direito das Famílias é o que segue:

Núcleo familiar que é o principal locus institucional de concreção dos direitos fundamentais que a própria Constituição designa por “intimidade e vida privada” (inciso X do art. 5º). Isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos que somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. Família como figura central ou continente, de que tudo o mais é conteúdo. Imperiosidade da interpretação não-reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil. Avanço da Constituição Federal de 1988 no plano dos costumes. Caminhada na direção

do pluralismo como categoria sócio-político-cultural. (STF. RE 646721 RS. Data do julgamento: 10 de maio de 2017. Data publicação 6 de fevereiro de 2018).

Outro trecho, este nas palavras do próprio Ministro, destaca a inconformidade do art. 1.790 com a proteção aos direitos fundamentais:

Todavia, a proibição de retrocesso veda que, diante de uma mesma situação de fato, sejam implementadas involuções desproporcionais na proteção de direitos ou que atinjam o seu núcleo essencial. Pois bem: não há dúvida de que o regime sucessório dos companheiros estabelecido pelo novo Código Civil representou uma involução desproporcional na proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos que vivem em uniões estáveis. (STF. RE 646721 RS. Data do julgamento: 10 de maio de 2017. Data publicação 6 de fevereiro de 2018).

A Ministra Cármen Lúcia, em seu voto de provimento ao recurso, por diversas vezes, expressa o entendimento de que havia, de fato, violação de direitos fundamentais no que dispunha o art. 1.790 do Código Civil:

A dicotomia legal em análise não se respalda nos princípios constitucionais preponderantes da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. III), da cidadania (art. 1º, inc. II), da igualdade e liberdade (art. 5º, caput), do pluralismo político (art. 1º, inc. IV), da não discriminação (art. 3º, inc. IV) e da especial tutela da família plural (art. 226), em suas históricas conformações afetivas (STF. RE 646721 RS. Data do julgamento: 10 de maio de 2017. Data publicação 6 de fevereiro de 2018).

Encontramo-nos, portanto, diante de uma situação em que a Corte Suprema, guardiã da Constituição, explicitamente evoca os direitos fundamentais para decidir matéria de Direito das Famílias. Isto é, verificamos o Estado assegurando a eficácia horizontal dos direitos fundamentais ao garantir sua incidência, a parte de intermédio de regra específica, em relação ao agir de terceiros particulares.

Para nossa análise, dentre outros acúmulos, obtemos um dado importante a partir do exame do primeiro caso: a Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais já foi validada como argumento jurídico de direito pela máxima instância judicial do país. Cabe-nos agora investigar como esta questão se manifesta nos outros *leading cases* selecionados.

## 5.2 RE 883168 e Tema 526

O segundo caso trata sobre os efeitos previdenciários em relação concubinária. Trata-se do Recurso Extraordinário de nº 883168, que é descrito da seguinte forma: “Recurso extraordinário em que se discute, à luz dos artigos 201, V e 226, §3º, da Constituição Federal,

a possibilidade, ou não, de reconhecimento de direitos previdenciários (pensão por morte) à pessoa que manteve, durante longo período e com aparência familiar, união com outra casada.

O RE foi protocolado em 17 de abril de 2015, tendo como relator o Ministro Luiz Fux, desde 25 de maio de 2016, posteriormente substituído pelo Ministro Dias Toffoli, além de contar com a participação do IBDFAM (Instituto Brasileiro de Direito de Família) como *amicus curiae*. Foi julgado em 12 de março de 2022, tendo transitado em julgado em 02 de abril de 2022. Estamos, portanto, frente a mais um exemplo na seara do Direito Sucessório, tangenciando temas relacionados à união estável.

O Recurso em questão reverberou no Paradigma do Tema nº 526 da repercussão geral, tendo em vista que o último fixa tese em conformidade ao provimento deste RE, a qual foi argumento crucial para rejeitar o reconhecimento de recebimento de pensão por morte em relação de concubinato. Segue a ementa:

EMENTA Direito Previdenciário e Constitucional. Recurso extraordinário. Sistemática da repercussão geral. Tema nº 526. Pensão por morte. Rateio entre a concubina e a viúva. Convivência simultânea. Concubinato e Casamento. Impossibilidade. Recurso extraordinário provido.

1. Assentou-se no acórdão recorrido que, comprovada a convivência e a dependência econômica, faz jus a concubina à quota parte de pensão deixada por ex-combatente, em concorrência com a viúva, a contar do pedido efetivado na seara administrativa. Tal orientação, contudo, contraria a tese fixada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do processo paradigma do Tema nº 529 sob a sistemática da repercussão geral, in verbis: “A preexistência de casamento ou de união estável de um dos conviventes, ressalvada a exceção do artigo 1723, § 1º, do Código Civil, impede o reconhecimento de novo vínculo referente ao mesmo período, inclusive para fins previdenciários, em virtude da consagração do dever de fidelidade e da monogamia pelo ordenamento jurídico constitucional brasileiro”.

2. Antes do advento da Constituição de 1988, havia o emprego indistinto da expressão concubinato para qualquer relação não estabelecida sob as formalidades da lei, daí porque se falava em concubinato puro (hoje união estável) e concubinato impuro (relações duradoras com impedimento ao casamento). Erigida a união estável, pelo texto constitucional (art. 226, § 3º, da CF), ao status de entidade familiar e tendo o Código Civil traçado sua distinção em face do concubinato (art. 1.723, § 1º, c/c art. 1.521, VI e art. 1.727 do CC), os termos passaram a disciplinar situações diversas, o que não pode ser desconsiderado pelo intérprete da Constituição.

3. O art. 1.521 do Código Civil – que trata dos impedimentos para casar –, por força da legislação (art. 1.723, § 1º), também se aplica à união estável, sob claro reconhecimento de que a ela, como entidade familiar, também se assegura proteção à unicidade do vínculo. A espécie de vínculo que se interpõe a outro juridicamente estabelecido (seja casamento ou união estável) a legislação nomina concubinato (art. 1.727 do CC). Assim, a pessoa casada não pode ter reconhecida uma união estável concomitante, por força do art. 1.723, § 1º, c/c o art. 1.521, VI, do Código Civil.

4. Considerando que não é possível reconhecer, nos termos da lei civil (art. 1.723, § 1º, c/c art. 1.521, VI e art. 1.727 do Código Civil Brasileiro), a concomitância de casamento e união estável (salvo na hipótese do § 1º, art. 1.723, do CC/02), impende concluir que o concubinato – união entre pessoas impedidas de casar – não gera efeitos previdenciários.

5. A exegese constitucional mais consentânea ao telos implícito no microsistema jurídico que rege a família, entendida como base da sociedade (art. 226, caput, da CF), orienta-se pelos princípios da exclusividade e da boa-fé, bem como pelos deveres de

lealdade e fidelidade que visam a assegurar maior estabilidade e segurança às relações familiares.

5. Foi fixada a seguinte tese de repercussão geral: “É incompatível com a Constituição Federal o reconhecimento de direitos previdenciários (pensão por morte) à pessoa que manteve, durante longo período e com aparência familiar, união com outra casada, porquanto o concubinato não se equipara, para fins de proteção estatal, às uniões afetivas resultantes do casamento e da união estável”.

6. Recurso extraordinário a que se dá provimento. (STF. RE 883.168 SC. Rel. Min. Dias Toffoli. Data do julgamento: 3 de agosto de 2021. Data publicação 07 de outubro de 2021).

Para o caso em questão, precisamos verificar o que diz a Lei 8.213/1991 (Lei de Benefícios), a fim de visualizarmos o contexto em que se deu a discussão e compreender o que motivou a decisão conservadora do Supremo tribunal Federal.

O art. 16, I, da referida lei, estabelece que são beneficiários, na condição de dependentes do segurado, do Regime Geral, “o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental ou deficiência grave”. O parágrafo 4º do mesmo artigo ainda infere que a “dependência econômica das pessoas indicadas no inciso I é presumida e a das demais deve ser comprovada”. Este resgate é importante, vez que, a dependência econômica na data do óbito do segurado constitui fator fundamental de análise na esfera do Direito Previdenciário.

O art. 77 da supramencionada lei assegura que a “pensão por morte, havendo mais de um pensionista, será rateada entre todos em parte iguais”. Daqui extraímos que, havendo dependentes econômicos, a pensão por morte deve ser igualmente dividida entre estes, resguardado, inclusive, o direito da companheira.

Tendo em vista o caráter pejorativo do termo “concubina”, a Constituição Federal de 1988, sequer mencionou a existência desta modalidade familiar, de forma que os anos de 1988 e 2003, a família formada pelos conviventes, recebeu a denominação de “união estável”. Com o advento do Código Civil de 2002, o ordenamento jurídico brasileiro voltou a disciplinar a chamada “família concubinária”, conforme disciplina o art. 1.727 do diploma: “As relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar, constituem concubinato”.

O art. 1.801, III, do Código Civil, ainda, determina a impossibilidade de se nomear herdeiro ou legatário “o concubino do testador casado, salvo se este, sem culpa sua, estiver separado de fato do cônjuge há mais de cinco anos”.

Entendemos que no presente caso, tanto a legislação civilista quanto a tese fixada pela Suprema Corte eximem-se de tutelar a realidade e caminham em direção a uma perigosa volta a paradigmas passados, quando o casamento constituía única forma legítima de constituição familiar. Consideramos ofensa aos princípios da dignidade da pessoa humana, da vedação ao retrocesso, da igualdade entre homens e mulheres e da verdade real da família socioafetiva. Senão, vejamos:

A família “concubinária” não ocorre do desejo de apenas uma, senão de ambas as partes. Nesse sentido, a tese fixada gera garantia aos casados de constituir quantas famílias desejarem sem atingir sua esfera patrimonial. Isto é, o casamento formal passa a constituir uma espécie de salvaguarda patrimonial perante aquele de quem se assumiu dever de lealdade, ainda que esta união já não encontre mais subsídio na materialidade, constituindo verdadeiro desvio de finalidade quanto ao uso do casamento enquanto instituição formal geradora de direitos e obrigações.

Em síntese, estamos inferindo que, em nome de um suposto princípio constitucional da “monogamia”, o qual nada mais é senão um dogma conservador cujo principal intuito é eximir o homem de suas obrigações impostas pelo matrimônio formal, servindo muito mais à questões de ordem patrimonial, econômica e patrimonial<sup>50</sup>. Considerando, então, a função ordenadora da família desempenhada pelo dogma da monogamia, não se pode reconhecer à união “concubinária”, permitindo e protegendo o enriquecimento sem causa do parceiro infiel. Mais uma vez, fazemos nossas as palavras de Maria Berenice Dias (2021) sobre a polêmica questão:

O legislador se esforça em não emprestar efeitos jurídicos às relações não eventuais entre o homem e a mulher impedidos de casar, chamando-as de concubinato (CC 1.727). No entanto, pretender elevar a monogamia ao status de princípio constitucional leva a resultados desastrosos. Por exemplo, quando há simultaneidade de relacionamentos, não emprestar efeitos jurídicos a um - ou, pior, a ambas uniões, sob o fundamento de que foi ferido o dogma da monogamia - acaba permitindo o enriquecimento sem causa do parceiro infiel. Resta ele com a totalidade do patrimônio e sem qualquer responsabilidade para com o outro. Essa solução, que ainda predomina na doutrina e é consagrada pela jurisprudência, além de chegar a um resultado de absoluta afronta à ética, afasta-se do dogma maior de respeito à dignidade humana (DIAS; 2021, p.61).

Há incongruência, inclusive, com os fundamentos que resultaram na decisão do caso anterior, a qual reconheceu a vedação à hierarquização entre formas familiares para declarar a inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil. Ora, não é coerente um mesmo colegiado considerar a hierarquização de unidades familiares “incompatível com a Constituição Federal.

---

<sup>50</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 14. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2021, p. 61

Além da afronta à igualdade de hierarquia entre entidades familiares, extraída do art. 226 da Carta de 1988”, em um momento e, em outro, confirmar a validade desta mesma hierarquia.

No caso da questão previdenciária e sucessória, em especial, a violação de direitos e desconexão com a realidade, assumem feições ainda mais gravosa, haja vista que, em muitos casos, pode haver, de fato, dependência econômica, restando à(ao) dependente, o limbo legal.

Findas as considerações sobre o mérito da decisão, passemos à análise dos votos para verificar se a eficácia horizontal dos direitos fundamentais foi considerada no decorrer do julgamento.

Em seu voto, o Ministro Edson Fachin chega a mencionar que em casos anteriores o Superior Tribunal de Justiça chegou a reconhecer direitos sucessórios e previdenciários à companheira de uma união paralela ao casamento, ancorado no princípio da dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, e por constatar que não restou comprovada má-fe na conduta da companheira, dita “concubina”, o ministro vota, sabiamente, pelo não provimento do RE, reconhecendo “a possibilidade de efeitos previdenciários ao casamento e união estável concomitantes”.

O ministro inclusive propõe a tese: “É possível o reconhecimento de efeitos previdenciários póstumos à viúva e companheira concomitantes, desde que presente o requisito da boa-fé objetiva”, em substituição a problemática tesa que, ao final, prevaleceu. Foi este o único a negar provimento ao recurso.

De modo geral, os outros votos e o relatório, inclusive, apoiam-se no argumento que o reconhecido da relação concubinária em que uma das partes é formalmente casada consiste no reconhecimento de duas ou mais uniões concomitantes, violando o princípio da monogamia. Princípio este, eivado de dolo do legislador, de covardia para tutelar à realidade concreta e que torna insuportável a vida comum, ensejando o acionamento do art. 1.572 do Código Civil.

A esse despeito, na ocasião de seu voto, o ministro Dias Toffoli cita transcrição de fala do Ministro Alexandre de Moraes em julgamento do Tema nº 529, a qual entendemos pertinente mencionar para melhor compreender o posicionamento dos ministros que conferiram provimento ao RE:

A recorrente defende que a Constituição protege a entidade familiar entre o homem e a mulher, não fazendo distinção entre a situação civil dessas pessoas (solteiras, viúvas, casadas, ou divorciadas), concluindo que o acórdão recorrido teria afrontado o art. 226 da CF ao referir-se ao período anterior a 1984 como ‘união impura’ ou ‘concubinato impuro’.

Pois bem: a matéria foi resolvida no Tema 529, RE 1.045.273, de minha relatoria.

Nesse tema, decidiu-se acerca da ‘Possibilidade de reconhecimento jurídico de união estável e de relação homoafetiva concomitantes, com o consequente rateio de pensão por morte’.

Ao votar, esclareci que a questão constitucional a ser decidida estava restrita à possibilidade de reconhecimento, pelo Estado, da coexistência de duas uniões estáveis paralelas e o consequente rateio da pensão por morte entre os companheiros sobreviventes, independentemente de serem hétero ou homoafetivos. (STF. RE 883.168 SC. Rel. Min. Dias Toffoli. Data do julgamento: 3 de agosto de 2021. Data publicação 07 de outubro de 2021).

Nestas palavras, em especial onde se infere a “impossibilidade de reconhecimento, pelo Estado, da coexistência de duas uniões estáveis paralelas”, nos parece fácil extrair que a proteção patrimonial do cônjuge masculino é o objeto motivador da presente decisão. Ignora-se à dignidade da pessoa humana daquela(e) que esteve ao seu lado, constituiu relação de afeto e, por tantas vezes, eximiu-se de construir uma vida financeira independente, tendo em vista o progresso do companheiro infiel<sup>51</sup>.

Por isso, a monogamia sempre foi considerada função ordenadora da família. Não foi instituída em favor do amor. Trata-se de mera convenção decorrente do triunfo da propriedade privada sobre o estado condominial primitivo. Serve muito mais a questões patrimoniais, sucessórias e econômicas. Embora a uniconjugalidade disponha de valor jurídico, não passa de um sistema de regras morais. (DIAS; 2021, p. 61)

Para esta pesquisa, o que podemos extrair do estudo do RE 883168 e do Tema 526 é o que o argumento da incidência direta de direitos fundamentais manifestou-se, até o momento, sempre que a intenção foi ampliar a titularidade de um direito. Percebemos que aqueles que votaram contrários ao reconhecimento dos direitos previdenciários para a companheira “concubinária” sequer mencionaram direitos fundamentais, limitando a perspectiva à técnica e à exigência da monogamia.

Esta característica, pelo menos por hora, confirma o caráter progressista e garantista deste instrumento haja vista que ainda não nos deparamos com qualquer utilização da incidência direta quando o intuito foi restringir um direito fundamental. Tendo isto em mente, seguimos ao estudo de mais um leading case.

---

<sup>51</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 14. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2021, p. 61

### 5.3 RE 898060 e Tema 622

O terceiro caso trata de matéria bastante discutida no Direito das Famílias, a preponderância ou não da paternidade socioafetiva sobre a biológica. Trata-se do Recurso Extraordinário de nº 898060, descrito como: “Agravo de decisão que não admitiu recurso extraordinário em que se discute, à luz do art. 226, caput, da Constituição Federal, a prevalência da paternidade socioafetiva em detrimento da biológica”. Foi protocolado em 1ª de julho de 2015 e ao 15º dia do mesmo mês, distribuído ao Ministro Relator Luiz Fux, tendo sido julgado não procedente em 21 de setembro de 2016.

Segue a Ementa:

EMENTA : RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. DIREITO CIVIL E CONSTITUCIONAL. CONFLITO ENTRE PATERNIDADES SOCIOAFETIVA E BIOLÓGICA. PARADIGMA DO CASAMENTO . SUPERAÇÃO PELA CONSTITUIÇÃO DE 1988. EIXO CENTRAL DO DIREITO DE FAMÍLIA: DESLOCAMENTO PARA O PLANO CONSTITUCIONAL. SOBREPRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA (ART. 1º, III, DA CRFB). SUPERAÇÃO DE ÓBICES LEGAIS AO PLENO DESENVOLVIMENTO DAS FAMÍLIAS. DIREITO À BUSCA DA FELICIDADE. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL IMPLÍCITO. INDIVÍDUO COMO CENTRO DO ORDENAMENTO JURÍDICO - POLÍTICO. IMPOSSIBILIDADE DE REDUÇÃO DAS REALIDADES FAMILIARES A MODELOS PRÉ -CONCEBIDOS. ATIPICIDADE CONSTITUCIONAL DO CONCEITO DE ENTIDADES FAMILIARES. UNIÃO ESTÁVEL (ART. 226, § 3º, CRFB) E FAMÍLIA MONOPARENTAL (ART. 226, § 4º, CRFB). VEDAÇÃO À DISCRIMINAÇÃO E HIERARQUIZAÇÃO ENTRE ESPÉCIES DE FILIAÇÃO (ART. 227, § 6º, CRFB). PARENTALIDADE PRESUNTIVA, BIOLÓGICA OU AFETIVA . NECESSIDADE DE TUTELA JURÍDICA AMPLA. MULTIPLICIDADE DE VÍNCULOS PARENTAIS. RECONHECIMENTO CONCOMITANTE. POSSIBILIDADE . PLURIPARENTALIDADE. PRINCÍPIO DA PATERNIDADE RESPONSÁVEL (ART. 226, § 7º, CRFB). RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. FIXAÇÃO DE TESE PARA APLICAÇÃO A CASOS SEMELHANTES .

1. O prequestionamento revela-se autorizado quando as instâncias inferiores abordam a matéria jurídica invocada no Recurso Extraordinário na fundamentação do julgado recorrido, tanto mais que a Súmula n. 279 desta Egrégia Corte indica que o apelo extremo deve ser apreciado à luz das assertivas fáticas estabelecidas na origem.

2. A família, à luz dos preceitos constitucionais introduzidos pela Carta de 1988, apartou-se definitivamente da vetusta distinção entre filhos legítimos, legitimados e ilegítimos que informava o sistema do Código Civil de 1916, cujo paradigma em matéria de filiação, por adotar presunção baseada na centralidade do casamento, desconsiderava tanto o critério biológico quanto o afetivo.

3. A família, objeto do deslocamento do eixo central de seu regramento normativo para o plano constitucional, reclama a reformulação do tratamento jurídico dos vínculos parentais à luz do sobreprincípio da dignidade humana (art. 1º, III, da CRFB) e da busca da felicidade.

4. A dignidade humana compreende o ser humano como um ser intelectual e moral, capaz de determinar-se e desenvolver-se em liberdade, de modo que a eleição individual dos próprios objetivos de vida tem preferência absoluta em relação a eventuais formulações legais definidoras de modelos preconcebidos, destinados a resultados eleitos a priori pelo legislador. Jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão (BVerfGE 45, 187).

5. A superação de óbices legais ao pleno desenvolvimento das famílias construídas pelas relações afetivas interpessoais dos próprios indivíduos é corolário do sobreprincípio da dignidade humana.

6. O direito à busca da felicidade, implícito ao art. 1º, III, da Constituição, ao tempo que eleva o indivíduo à centralidade do ordenamento jurídico-político, reconhece as suas capacidades de autodeterminação, autossuficiência e liberdade de escolha dos próprios objetivos, proibindo que o governo se imiscua nos meios eleitos cidadãos para a perseguição das vontades particulares. Precedentes da Suprema Corte dos Estados Unidos da América e deste Egrégio Supremo Tribunal Federal: RE 477.554-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, DJe de 26/08/2011; ADPF 132, Rel. Min. Ayres Britto, DJe de 14/10/2011.
7. O indivíduo jamais pode ser reduzido a mero instrumento de consecução das vontades dos governantes, por isso que o direito à busca da felicidade protege o ser humano em face de tentativas do Estado de enquadrar a sua realidade familiar em modelos pré-concebidos pela lei.
8. A Constituição de 1988, em caráter meramente exemplificativo, reconhece como legítimos modelos de família independentes do casamento, como a união estável (art. 226, § 3º) e a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, cognominada “família monoparental” (art. 226, § 4º), além de enfatizar que espécies de filiação dissociadas do matrimônio entre os pais merecem equivalente tutela diante da lei, sendo vedada discriminação e, portanto, qualquer tipo de hierarquia entre elas (art. 227, § 6º).
9. As uniões estáveis homoafetivas, consideradas pela jurisprudência desta Corte como entidade familiar, conduziram à imperiosidade da interpretação não-reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil (ADI nº. 4277, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011).
10. A compreensão jurídica cosmopolita das famílias exige a ampliação da tutela normativa a todas as formas pelas quais a parentalidade pode se manifestar, a saber: (i) pela presunção decorrente do casamento ou outras hipóteses legais, (ii) pela descendência biológica ou (iii) pela afetividade.
11. A evolução científica responsável pela popularização do exame de DNA conduziu ao reforço de importância do critério biológico, tanto para fins de filiação quanto para concretizar o direito fundamental à busca da identidade genética, como natural emanção do direito de personalidade de um ser.
12. A afetividade enquanto critério, por sua vez, gozava de aplicação por doutrina e jurisprudência desde o Código Civil de 1916 para evitar situações de extrema injustiça, reconhecendo-se a posse do estado de filho, e conseqüentemente o vínculo parental, em favor daquele utilizasse o nome da família (nominatio), fosse tratado como filho pelo pai (tractatio) e gozasse do reconhecimento da sua condição de descendente pela comunidade (reputatio).
13. A paternidade responsável, enunciada expressamente no art. 226, § 7º, da Constituição, na perspectiva da dignidade humana e da busca pela felicidade, impõe o acolhimento, no espectro legal, tanto dos vínculos de filiação construídos pela relação afetiva entre os envolvidos, quanto daqueles originados da ascendência biológica, sem que seja necessário decidir entre um ou outro vínculo quando o melhor interesse do descendente for o reconhecimento jurídico de ambos.
14. A pluriparentalidade, no Direito Comparado, pode ser exemplificada pelo conceito de “dupla paternidade” (dual paternity), construído pela Suprema Corte do Estado da Louisiana, EUA, desde a década de 1980 para atender, ao mesmo tempo, ao melhor interesse da criança e ao direito do genitor à declaração da paternidade. Doutrina.
15. Os arranjos familiares alheios à regulação estatal, por omissão, não podem restar ao desabrigo da proteção a situações de pluriparentalidade, por isso que merecem tutela jurídica concomitante, para todos os fins de direito, os vínculos parentais de origem afetiva e biológica, a fim de prover a mais completa e adequada tutela aos sujeitos envolvidos, ante os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) e da paternidade responsável (art. 226, § 7º).
16. Recurso Extraordinário a que se nega provimento, fixando-se a seguinte tese jurídica para aplicação a casos semelhantes: “A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios” (STF. RE 989.060 SC. Rel. Min. Luiz Fux. Data do julgamento: 3 de setembro de 2016).

A breve leitura da Ementa já nos permite inferir que houve uso extensivo da Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais e que ao RE não foi dado provimento, sendo fixada a tese: “A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com efeitos jurídicos próprios”.

Preliminarmente, identificamos que o tema se associa diretamente à dois direitos fundamentais explorados no capítulo anterior como irradiados da Constituição para o Direitos das Famílias: a verdade real da família socioafetiva e o princípio do melhor interesse da criança, ambos propostos por Paulo Lôbo (2020) e devidamente apresentados e explicados no corpo deste trabalho. Tendo em mente tais considerações, chega o momento da análise do caso concreto.

Em primeiro lugar, é preciso compreender que a temática da paternidade socioafetiva é objeto de exaustivo debate na doutrina e na jurisprudência há, pelo menos, trinta anos. A título de exemplo podemos citar a obra “Estabelecimento da filiação e paternidade presumida”, de autoria do Ministro Luiz Edson Fachin e publicada em 1992. Mesmo antes de se firmar o termo “socioafetividade parental”, em 1970, o STF já tinha consagrado interpretação no sentido de que “interessados na herança não podem impugnar o registro civil de nascimento de filho de de cujus, declarado e assinado livremente por este e sua esposa, tanto mais quanto a esta reafirma a autenticidade do ato” (RTJ 53/131, Rel. Min. Aliomar Baleeiro)<sup>52</sup>.

Na seara jurisprudencial, também é importante mencionar o Enunciado 256 da III Jornada de Direito Civil: “A posse do estado de filho (parentalidade socioafetiva) constitui modalidade de parentesco civil”.

No entanto, o reconhecimento da paternidade socioafetiva não implica em não validade jurídica à paternidade biológica e civil. Tais modalidades são, em verdade, razões autônomas na constituição de parentesco, como explica Pietro Perlingieri:

[...] o sangue e o afeto são razões autônomas de justificação para o momento constitutivo da família, mas o perfil consensual e a affectio constante e espontânea exercem cada vez mais o papel de denominador comum de qualquer núcleo familiar (PERLINGIERI, 2008).

---

<sup>52</sup> LÔBO, Paulo. **Direito Civil: volume 5: famílias** - 10. ed. - São Paulo: Saraiva Educação, 2020. E-Book, Local 641

Pelo contrário, a decisão do STF no RE 898060 determina o compartilhamento, por ambos os pais (ou mães), de direitos e obrigações inerentes à existência da unidade familiar, tais quais a guarda compartilhadas e o poder familiar, além de repercutir sobre a esfera patrimonial, norteados a resolução de conflitos a partir do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente<sup>53</sup>. Ficamos diante de outro caso, portanto, em que o STF valoriza os direitos fundamentais da criança e do adolescente ao interpretar um dilema real do Direito das Famílias sob a ótica dos princípios constitucionais.

Neste momento cabe uma observação: ao se falar em direitos fundamentais da criança e do adolescente, referimo-nos a “todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana” com a absoluta prioridade que cabe à estas pessoas em desenvolvimento. Extraímos tal compreensão da interpretação dos artigos 3º, 4º, 15 e 18 do Estatuto da Criança e do Adolescente:

Art. 3º A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

Parágrafo único. Os direitos enunciados nesta Lei aplicam-se a todas as crianças e adolescentes, sem discriminação de nascimento, situação familiar, idade, sexo, raça, etnia ou cor, religião ou crença, deficiência, condição pessoal de desenvolvimento e aprendizagem, condição econômica, ambiente social, região e local de moradia ou outra condição que diferencie as pessoas, as famílias ou a comunidade em que vivem. (incluído pela Lei nº 13.257, de 2016)

Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende:

- a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias;
- b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública;
- c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas;
- d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude.

[...]

Art. 15. A criança e o adolescente têm direito à liberdade, ao respeito e à dignidade como pessoas humanas em processo de desenvolvimento e como sujeitos de direitos civis, humanos e sociais garantidos na Constituição e nas leis.

---

<sup>53</sup> LÔBO, Paulo. **Direito Civil: volume 5: famílias** - 10. ed. - São Paulo: Saraiva Educação, 2020. E-Book, Local 1652

[...]

Art. 18. É dever de todos velar pela dignidade da criança e do adolescente, pondo-os a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor. (Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990).

Neste sentido, consideramos completo e bem fundamentado o posicionamento da Suprema Corte, tendo em vista que a lógica de prevalência de uma modalidade de paternidade sobre a outra não se sustenta, havendo necessidade de reconhecer a multiparentalidade como realidade. Tendo isto em mente, é preciso cautela ao afirmar a preponderância de uma paternidade sobre a outra sem análise minuciosa do caso concreto, sob pena de incorrer em injustiças maiores ainda. A verdade é que muito antes de tal questão atingir à Suprema Corte, tal entendimento já estava bastante presente na realidade das instâncias inferiores desde país, como nos ensina Maria Berenice Dias (2021)<sup>54</sup>:

Mesmo antes da histórica decisão do STF reconhecendo a união estável homoafetiva, o STJ já havia admitido a adoção a casais formados de pessoas do mesmo sexo. As justiças estaduais há muito já admitiam a parentalidade homoafetiva, e agora estão aceitando a multiparentalidade<sup>55</sup>, principalmente nas hipóteses de reprodução assistida. Todos os envolvidos no processo procriativo podem assumir a paternidade do filho (DIAS; 2021, p. 359).

Foi este raciocínio que norteou o prosseguimento do Tema 622 da Repercussão geral, de cuja tese fixada encontra-se em epígrafe. Em tal ocasião, destacamos o voto da Ministra Cármen Lúcia, o qual preocupou-se em valorizar o princípio da paternidade responsável, que por sua vez constitui direito fundamental da criança e do adolescente.

Os votos isolados não chegam a mencionar explicitamente direitos fundamentais em seus argumentos, atendo-se às questões processuais. No entanto, configurou a decisão um momento importante e inédito no Direito Brasileiro, em cujo escopo, a ideia de multiparentalidade ainda não havia obtido tal validação. Na prática, ocorreu verdadeira admissão da incidência direta dos direitos fundamentais na importante discussão de parentalidade e filiação, como nos narra Paulo Lôbo (2021):

A admissão pelo STF da dupla parentalidade ou multiparentalidade foi surpreendente ante seu alcance alargado, pois a doutrina da parentalidade socioafetiva tinha por fito principal seu reconhecimento jurídico, que não poderia ser desafiado por investigação de paternidade (ou maternidade) cumulada com o cancelamento do registro civil, com fundamento exclusivamente na origem biológica, além da igualdade jurídica de ambas as parentalidades, sem prevalência *a priori* (LÔBO, 2021).

---

<sup>54</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 14. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2021, p. 359

Na Ementa, por outro lado, as menções aos direitos fundamentais são diversas, sendo bastante destacadas as referências à dignidade da pessoa humana e à paternidade responsável, além da vedação à discriminação e o direito à busca da felicidade.

Neste caso também se confirma a incidência direta dos direitos fundamentais, muito embora tenha ficado um tanto nebulosa a questão sobre o seu uso na qualidade argumentativa. Ao final, a maior vitória no que tange à garantia dos direitos fundamentais é a ruptura com o paradigma do binarismo parental, abrindo espaço para a noção de multiparentalidade como regra, a fim de proteger e resguardar os direitos da criança e das famílias:

Cada vez mais verdade biológica e verdade registral cedem frente à realidade da vida, que privilegia os vínculos da afetividade como geradores de direitos e de obrigações. Daí a consagração da filiação socioafetiva, que tem origem não em um ato - como a concepção ou o registro -, mas em um fato: a convivência que faz gerar o que se chama de posse de estado de filho.

O reconhecimento pelo Supremo Tribunal Federal da possibilidade da concomitância da paternidade biológica e afetiva no registro de nascimento provocou verdadeira revolução no âmbito das relações vivenciais, o que gerou reflexos na própria identificação dos vínculos parentais.

Essa nova realidade põe em confronto o desejo do filho de se manter na condição de filho, ainda que este não seja o desejo de quem somente é pai registral. Também impede, por exemplo, a desconstituição do registro de quem havia assumido o compromisso de ser pai, como ocorre na chamada adoção à brasileira. Toda esta mobilidade passou a prevalecer, inclusive, frente ao princípio da imutabilidade do nome, consagrado para manter a segurança das relações jurídicas. (DIAS; 2021. p. 178-179).

#### 5.4 RE 878694

O quarto caso enfrenta a questão sobre a validade ou não dos dispositivos diferentes para a sucessão dos cônjuges ou companheiros. Trata-se do Recurso Extraordinário nº 878694, descrito como: “Recurso extraordinário em que se discute, à luz dos artigos 5º, I, e 226, §3º, da Constituição Federal, a validade do art. 1.790 do Código Civil, que atribui ao companheiro direitos sucessórios distintos daqueles outorgados ao cônjuge pelo art. 1.829 do mesmo Código. Validade de dispositivos do Código Civil que atribuem direitos sucessórios distintos ao cônjuge e ao companheiro”. Foi protocolado em 26 de março de 2015 e julgada em 26 de outubro de 2018, tendo por Relator o Ministro Roberto Barroso:

Ementa: DIREITO CONSTITUCIONAL E CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. APLICABILIDADE DO ART. 1.845 E OUTROS DISPOSITIVOS DO CÓDIGO CIVIL ÀS UNIÕES ESTÁVEIS. AUSÊNCIA DE OMISSÃO OU CONTRADIÇÃO.

1. Embargos de declaração em que se questiona a aplicabilidade, às uniões estáveis, do art. 1.845 e de outros dispositivos do Código Civil que conformam o regime sucessório dos cônjuges.

2. A repercussão geral reconhecida diz respeito apenas à aplicabilidade do art. 1.829 do Código Civil às uniões estáveis. Não há omissão a respeito da aplicabilidade de outros dispositivos a tais casos.

3. Embargos de declaração rejeitados.

Trata-se de embargos de declaração opostos pelo IBDFAM (Instituto Brasileiro de Direito da Família) a fim de buscar esclarecimentos sobre a validade ou não da distinção entre formas familiares no que tange aos direitos sucessórios. O tribunal concordou, em unanimidade pelo não provimento, remetendo ao primeiro caso, que reconheceu a inconstitucionalidade do art. 1.790 por violação de direitos fundamentais:

No presente recurso extraordinário, a repercussão geral foi reconhecida nos seguintes termos: “possui repercussão geral a controvérsia acerca do alcance do artigo 226 da Constituição Federal, nas hipóteses de sucessão em união estável homoafetiva, ante a limitação contida no artigo 1.790 do Código Civil”. Trata-se de analisar a constitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil, que estabelece uma desequiparação para fins sucessórios entre cônjuges e companheiros. A questão constitucional foi decidida nos limites dos termos em que foi proposta, com a fixação da seguinte tese: “No sistema constitucional vigente, é inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros, devendo ser aplicado, em ambos os casos, o regime estabelecido no art. 1.829 do CC/2002” (STF. RE 878.694 MG. Rel. Min. Roberto Barroso. Data do julgamento: 26 de outubro de 2018).

## 5.5 RE 1167478 e Tema 1053

O quinto caso enfrenta a questão da separação judicial como requisito para o divórcio e sua subsistência como figura autônoma no ordenamento jurídico brasileiro após a promulgação da EC nº66/2010. Trata-se do Recurso Extraordinário nº 1167478, que é descrito como: “Recurso extraordinário em que se examina, à luz do art. 226, §6º, da Constituição Federal, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 66/2010, se a separação judicial é requisito para o divórcio e se ela subsiste como figura autônoma no ordenamento jurídico brasileiro”.

Foi protocolado em 5 de outubro de 2018 e distribuído ao Ministro Relator Luiz Fux. Tem participação da ADFAS (Associação de Direito da Família e das Sucessões) como *amicus curiae*. Ao tempo deste, encontra-se em aberto, aguardando parecer do Relator.

Identificamos o direito de igualdade entre homens e mulheres como fio condutor para a interpretação deste caso. A partir dele, é possível discutir as questões concernentes às uniões conjugais, inclusive o fim destas, sob à égide de nossa Constituição Federal de 1988. Deste modo, seguem as considerações jurídicas que entendemos por pertinentes ao contexto deste trabalho:

Apesar de amplamente admitida a possibilidade de divórcio sem os requisitos concernentes à separação judicial nas Varas de Família Brasil à fora, o tema ainda encontra espaço para debate. Prova disso é que é justamente esse o caso que ainda permanece em aberto e tramitando pelo Supremo Tribunal Federal. Para compreender a complexidade da questão, precisamos resgatar brevemente o contexto histórico em que se deu a introdução do divórcio no Brasil.

O divórcio foi primeiramente absorvido em nosso ordenamento em 28 de junho de 1977, através da Emenda Constitucional nº 09/1977, cuja aprovação foi fruto da incansável luta do Senador Nelson Carneiro e do movimento de mulheres da época. Tanto a emenda em questão quanto a Lei 6.515/1977 colocaram fim à indissolubilidade do casamento, superando a ideia da família como instituição sacralizada, rompendo com o retrógrado e patriarcal Código Civil de 1916<sup>55</sup>.

No entanto, o processo legislativo próprio à Democracia Burguesa não foi capaz conferir o pleno direito ao divórcio e, por conta da correlação de forças à época, foi necessário firmar compromisso com os antídvorcista. Por tal razão, a legislação acabou por manter a reacionária instituição do “desquite”, sob a alcunha eufemística de “separação judicial”, a qual seria requisito obrigatório e com duração mínima de três anos para a concessão definitiva da quebra do vínculo matrimonial<sup>56</sup>.

Além dos esforços burocráticos para limitar o alcance do divórcio e preservar, no que era possível o poder patriarcal, outros empecilhos foram criados, como o limite de um único divórcio por pessoa.

A Constituição Cidadão de 1988, no entanto, apresentou relativo avanço quanto ao instituto do divórcio. Agora, era permitida a dissolução matrimonial de forma direta, comprovada a separação de fato à pelo menos dois anos, ainda que mantivesse a separação judicial como faculdade e não mais pré-requisito. O Código Civil de 2002, por sua vez, ocupou-se de regulamentar prioritariamente a separação judicial, relegando o divórcio a segundo plano. Tal incongruência gerou verdadeira duplicidade de tratamento legal<sup>57</sup>.

---

<sup>55</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 14. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2021, p. 560

<sup>56</sup> LÔBO, Paulo. **Direito Civil: volume 5: famílias** - 10. ed. - São Paulo: Saraiva Educação, 2020. E-Book, Local 3018

<sup>57</sup> LÔBO, Paulo. **Direito Civil: volume 5: famílias** - 10. ed. - São Paulo: Saraiva Educação, 2020. E-Book, Local 3016

Foi finalmente no ano de 2010 que a Emenda Constitucional nº 66 fez valer os direitos fundamentais sob a questão do divórcio. Aprovada graças ao esforço e articulação do deputado Federal Sérgio Barradas Carneiro em conjunto ao Instituto Brasileiro de Direito de Família, a emenda deu a seguinte redação ao §6º do art. 226 da CRFB/88: “O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio”. Sem pré-requisitos legais, prazos, prolongamentos de sofrimentos evitáveis e acréscimos de despesas. Assim, a incongruência com o que dizia o Código Civil, valorizando a separação judicial, fica ainda mais evidente:

Art. 1.580. Decorrido um ano do trânsito em julgado da sentença que houver decretado a separação judicial, ou da decisão concessiva da medida cautelar de separação de corpos, qualquer das partes poderá requerer sua conversão em divórcio (Código Civil, 2002).

Importante ressaltar que em muitos dos dispositivos nos quais o Código Civil menciona o instituto da separação judicial, há forte presença do elemento culpa, como se a opção pelo término da vida conjugal dependente da má-fé de uma das partes. Esta noção é profundamente relacionada ao caráter patrimonialista sob o qual o casamento formal era constituído antes dos avanços supramencionados e, por consequência vai na contramão do espírito Constitucional, da dignidade da pessoa humana, da autonomia da vontade, dos direitos ao planejamento familiar, liberdade, igualdade e do critério afetivo para demarcar as unidades familiares.

Em verdade, o grande questionamento pendente a ser elucidado pelo Supremo Tribunal é permanência ou não do instituto da culpa no Direito das Famílias. De um lado, a doutrina majoritária defende que o elemento em questão já não se aplica ao direito familiar; de outro, os dispositivos da legislação civil que tratam da aplicação da culpa no rompimento das relações conjugais não foram revogados, seja expressa ou tacitamente. Há espaço, então, para interpretações contrárias aos direitos fundamentais, alicerçados sob o Código Civil, em julgamentos de casos concretos.

Veja o que diz Maria Berenice Dias (2021) sobre tal anomalia jurídica, advinda dos porões morais de uma classe dominante masculina e patriarcal e que invadiu e depredou nossos textos normativos, alguns bastante recentes como o diploma Civil em questão, em prejuízo à Constituição e os direitos fundamentais nela consagrados:

O legislador sempre tentou impedir a dissolução dos vínculos conjugais. Não havia a possibilidade de um dos cônjuges buscar a separação se não conseguisse provar um dos motivos elencados na lei que pudesse imputar ao outro. Nitidamente punitiva a postura do Estado com a intenção de manter, a qualquer preço, o laço matrimonial. Quem não conseguia identificar uma causa culposa atribuível ao cônjuge não podia buscar a separação. Ou seja, aquele que havia praticado qualquer ato que importava em grave violação dos deveres do casamento, de modo a tornar insuportável a vida em comum, não podia pedir a separação. Somente o “inocente” tinha legitimidade para a ação. O

responsável pelo fim do casamento ficava refém da vontade do outro. Não concordando o “inocente” com a separação consensual, era necessário aguardar o decurso do prazo de um ano do fim da vida em comum para buscar a separação (CC 1.572 S 1.º) ou de dois anos para obter o divórcio (CC 1.580 § 2.º) (DIAS; 2021, p.125).

Esse resgate histórico é importante pois constitui parte da petição protocolada pelo Instituto Brasileiro de Direito de Família na ocasião em que pleiteava o status de *amicus curiae* no julgamento do RE 1167478 no STF e a qual foi deferida pela Corte. Na ocasião, o IBDFAM posiciona-se pela supressão do instituto da separação judicial, argumentando que o divórcio direito e sem-requisitos é manifestação do direito fundamental à liberdade e à igualdade entre os cônjuges:

O divórcio foi introduzido no Brasil em um contexto histórico-político- social em que a liberdade dos sujeitos é a expressão que deve dar o comando, já que a família se despatrimonializou, perdeu sua hierarquia e deixou de ser essencialmente um núcleo econômico e de reprodução. Na verdade, ela ganhou vida, autenticidade, desprendeuse mais do Estado, e as suas essências reguladoras passaram a ser, principalmente, o amor e o afeto.

[...]

O instituto da separação judicial/administrativa, ainda que se admita sua sobrevivência apenas como uma opção, tende a se tornar “peça de museu”. Afinal, qual o sentido de se chegar ao objetivo de se pôr fim ao casamento passando antes por uma separação judicial/administrativa? Se o motivo é a convicção religiosa, ou mesmo dificuldade de ordem emocional e psíquica, basta que se faça uma separação de corpos. O mais grave, o que parece ser tão inofensivo na verdade vem travestindo a possibilidade da discussão da culpa. Essa busca de um ‘culpado’ ajuda a instigar e a sustentar os longos litígios conjugais, na medida em que se analisa o responsável pelo fim do casamento. Brigas e desentendimentos de casal sempre existiram e continuarão existindo. Amor e ódio andam juntos, sustentados pelo desejo. Mas não é necessário que as versões de cada parte sobre o fim do casamento sejam levadas ao judiciário, transformando a história amorosa do ex-casal em histórias de degradação, abarrotando ainda mais o Poder Judiciário.

Resta-nos aguardar o parecer dos magistrados máximos da Corte Suprema para verificar se foi considerada a incidência direta dos direitos fundamentais, como pede o IBDFAM, para declarar a inconstitucionalidade dos dispositivos do Código Civil que referenciam a separação judicial.

Como tratamos de um caso em aberto, ainda sem posicionamento definitivo do STF e de seus membros, podemos extrair que, pelo menos conforme o nosso entendimento e a posição do Instituto Brasileiro de Direito de Família, a arguição da incidência da Eficácia Horizontal dos Direitos Humanos fornece subsídio suficiente para a declaração de inconstitucionalidade dos dispositivos supramencionados.

Há de se falar em ofensa à liberdade, igualdade, intimidade e vida privada, dignidade da pessoa humana, paternidade responsável, planejamento familiar, livre decisão do casal, dentre

outros, apenas para citar alguns direitos fundamentais explicitamente mencionados em nossa carta magna. Ainda, são inúmeros os princípios constitucionais explícitos que devem ser usados para nortear a decisão do Supremo Tribunal Federal.

## **6. ANÁLISE SOBRE A POSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DO PRECEITO DA EFICÁCIA HORIZONTAL NA REALIDADE DO DIREITO DAS FAMÍLIAS BRASILEIRO**

Motivou esta pesquisa, a verificação de que os exemplos jurisprudências mencionando explicitamente a Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais em ações de Direito das Famílias são demasiado escassos.

Apesar de ser tema bastante comum à doutrina civilista, podendo ser encontrada até mesmo na obra de autores mais conservadores, a incidência jurisprudencial do tema é deveras preocupante. A pesquisa do exato termo “Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais” nos sítios de diversos tribunais retorna poucos resultados, quase todos relacionados ao Direito Previdenciário ou a outros ramos do Direito Civil, sobretudo o Direito das Obrigações.

Parte dos casos selecionados, inclusive, são próprios do Direito Previdenciário, mas por tangenciarem temas caros ao Direito das Famílias e por cujas questões em que a eficácia direta foi aplicada são inerentes ao direito familiar, acabaram por serem selecionados para estudo.

Aqui vale ressaltar que a pesquisa com termos sinônimo ou relativos, como “eficácia Direita”, “incidência mediata”, “direitos Humanos”, “princípios constitucionais”, entre outros, tampouco alavancaram os resultados da investigação jurisprudência na área das Famílias.

Também na doutrina, não foi possível encontrar subsídios que ligavam de forma direta a Eficácia Horizontal ao Direito das Famílias. A maioria das obras limita-se exposição teórica do tema da incidência direta, quando muito, avançando ao levantamento histórico.

Tal fato nos levou a pergunta cerne deste trabalho, a qual nos propomos responder: Pode a Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais ser argumentada em juízo nas ações de Direito familiar?

Esta pergunta será subdividida em três outras para que seja melhor comportada à estrutura do trabalho:

- a) Por que a incidência direta dos direitos fundamentais não é comum nos processos de direito familiar?
- b) O que nos mostram os estudos de caso?
- c) Como arguir a Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais em um caso concreto de Direito das Famílias?

Para respondê-las, apoiaremos-nos, principalmente, no desenvolvimento do trabalho até aqui e nas ideias de Maria Berenice Dias e Paulo Lôbo.

### **6.1 POR QUE A INCIDÊNCIA DIRETA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NÃO É COMUM NOS PROCESSOS DE DIREITO FAMILIAR?**

*A priori* encontramos a justifica de que por ser ramo do direito de grande dinamicidade, o Direito das Famílias já havia absorvido os princípios constitucionais relacionados a direitos fundamentais ao seu escopo normativo, não havendo que se falar em incidência direta se já havia intermédio de regras específicas que traduziram o espírito constitucional para os seus dispositivos.

Esta conclusão, em partes, é verdadeira. O Direito das Famílias, por ser tão suscetível às mudanças sociais e, mais recentemente, figurar como objeto de acalorados debates no campo dos costumes, acaba por sofrer alterações com mais frequência quando comparado a outros ramos do direito privado. No entanto, por mais veloz que a legislação familista se revele, ainda não consegue esta permanecer à par das transformações sociais, como é natural do direito: está sempre precisando ser atualizada.

A sociedade evolui, transforma-se, rompe com tradições e amarras, o que gera a necessidade de oxigenação das leis. A tendência é simplesmente proceder à atualização normativa, sem absorver o espírito das silenciosas mudanças alcançadas no seio social, o que fortalece a manutenção da conduta de apego à tradição legalista, moralista e opressora da lei.” Quando se fala de relações afetivas — afinal, é disso que trata o Direito das Famílias —, a missão é muito mais delicada, em face dos reflexos comportamentais que interferem na própria estrutura da sociedade. Como adverte Sérgio Gischkow Pereira, o regramento jurídico da família não pode insistir, em pernicioso teimosia, no obsessivo ignorar das profundas modificações culturais e científicas, petrificado, mumificado e cristalizado em um mundo irreal, ou sofrerá do mal da ineficácia (DIAS; 2021, p.44-45).

Ora, como infere a autora, o caráter delicado do direito familiar, atingindo as mais profundas camadas da alma dos indivíduos, não pode se furtar, o Direito das Famílias, em absorver mecanismos que permitam a atualização constante de seus dispositivos à luz da materialidade, sob pena de causar sofrimentos ainda maiores. Sendo a família o espaço para a realização existência e a afetividade humana, a tutela jurídica inadequada ou desatualizada sobre seus aspectos pode acarretar grandes dores.

A situação se agrava quando consideramos a nossa herança de direito familiar, a qual, invariavelmente, mantém influência sobre nossa legislação familista atual. A ideia de família que, por muito tempo vigorou em nossos diplomas legais, era aquela baseada no domínio do

homem, cuja finalidade máxima era de procriação para fins de sucessão. É uma forma de família, inspirada pelo pensamento liberal, fundada sob condições econômicas, na qual sequer considerava o afeto com elo de constituição: era o triunfo da propriedade individual.

Em sua obra, “Direito Civil: Famílias: VOL. 5” (2020), Paulo Lôbo faz algumas considerações sobre este modelo de família, as quais nos parece pertinentes:

É na origem e evolução histórica da família patriarcal e no predomínio da concepção do homem livre proprietário que foram assentadas as bases da legislação sobre a família, inclusive no Brasil. No Código Civil de 1916, dos 290 artigos da parte destinada ao direito de família, 151 tratavam de relações patrimoniais e 139 de relações pessoais (LÔBO, 2020).

E ainda sobre a influência desta noção de família em nosso atual diploma de direito civil:

O Código Civil de 2002, apesar da apregoada mudança de paradigma, do individualismo para a solidariedade social, manteve forte presença dos interesses patrimoniais sobre os pessoais, em variados institutos do Livro IV, dedicado ao direito de família, desprezando-se o móvel da *affectio*, inclusive no Título I destinado ao “direito pessoal”. Assim, as causas suspensivas do casamento, referidas no art. 1.523, são quase todas voltadas aos interesses patrimoniais (principalmente, em relação à partilha de bens). Da forma como permanece no Código, a autorização do pai, tutor ou curador para que se casem os que lhe estão sujeitos não se volta à tutela da pessoa, mas ao patrimônio dos que desejam casar; a razão de a viúva estar impedida de casar antes de dez meses depois da gravidez não é a proteção da pessoa humana do nascituro, ou a da certeza da paternidade, mas a proteção de seus eventuais direitos sucessórios; o tutor, o curador, o juiz, o escrivão estão impedidos de casar com pessoas sujeitas a sua autoridade, porque aqueles, segundo a presunção da lei, seriam movidos por interesses econômicos (LÔBO, 2020).

Ora, por todo o acima exposto, considerando a família como a entidade social mais dinâmica, o direito familiar como herdeiro de concepções profundamente patrimoniais de família, a nova visão de família proposta pela CRFB/88 e o dever do direito em tutelar a realidade, nos parece injustificável que a Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais, instrumento de modernização jurídica por excelência, tão pouco seja utilizado nas ações familistas.

Neste ponto, uma nova hipótese surge: A família, historicamente esteve associada à ideia de instituição indissolúvel e sacralizada. Isso significa que debater Direito das Famílias e sobretudo sua necessidade de evolução conforme a Constituição Federal pode provocar a ideologia patriarcal, enraizada profundamente não apenas círculo jurídico/legal mas em todo conjunto social.

Em seu “Manual de Direito das Famílias” (2021), Maria Berenice Dias se ocupa em endereçar tal discussão:

[...] o Direito de Família é o campo do Direito mais bafejado e influenciado por ideias morais e religiosas. Há a tendência do legislador de se arvorar no papel de guardião dos bons costumes, na busca da preservação de uma moral conservadora. O parlamentar, refugiando-se em preceitos - ou melhor, em preconceitos — religiosos, transforma-se no grande ditador. Prescreve como as pessoas devem agir, impondo pautas de conduta afinadas com a moralidade conservadora. Limita-se a regulamentar institutos socialmente aceitáveis. Com isso, não desagrade o eleitorado e garante sua reeleição. Por este motivo é que restam à margem da lei situações que são alvo do repúdio social ou dizem com as minorias objeto de discriminação. E, perversamente, qualquer agir que se diferencie do parâmetro estabelecido como “normal” sempre foi tido por inexistente (DIAS; 2021, p.83).

Este impasse moral é responsável por atravancar diversas pautas de extrema relevância social, sob a justificativa de proteção aos “bons costumes”. Há polêmica para se debater aborto, relações extramatrimoniais, relações homoafetivas, divórcio, adoção, poligamia, entre tantos outros temas que, de modo geral, impactam tão somente as partes de cada uma dessas situações. A paranoica ameaça ao poderes patriarcal e matrimonial, no entanto, impedem que direitos fundamentais sejam efetivados em tantas esferas do Direito das Famílias.

Além dos dois fatores acima elencados, há de se presumir que a falta de habitualidade na arguição da incidência direta também é razão pela qual o instrumento investigado é tão pouco utilizado no direito familiar. Ora, com pouca jurisprudência e produção doutrinária, não há muito em que se apoiar ao requerer a incidência direta de um direito fundamental na primeira instância de um processo familista, por exemplo.

## 6.2 O QUE NOS MOSTRA OS ESTUDOS DE CASO?

A segunda pergunta nos fornece importantes subsídios para responder à questão principal. No primeiro momento, identificamos três grandes conclusões imediatas que podem ser extraídas a partir do estudo dos *cinco leading cases* selecionados no capítulo anterior:

- A. A Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais já foi utilizada como argumento na mais importante instância do Poder Judiciário Brasileiro, o que nos leva a inferir que a incidência direta de direitos fundamentais em matéria de família é admitida, podendo ser sustentação de argumento.

A escolha de casos específicos do Supremo Tribunal Federal, inclusive, deve-se à existência de dever de observação à conduta, aos precedentes e às interpretações da

Corte por parte das instâncias anteriores. Ora, a arguição de incidência direta em um juízo de primeira instância poderia ser considerado caso isolado, mas ao levar à análise à Corte Suprema, obtemos uma resposta mais robusta ao item pesquisado.

- B. A incidência direta dos direitos fundamentais nos casos pesquisados muitas vezes não aderiu o mencionou qualquer nome próprio que remeta a este instrumento.

Na maioria dos casos, a simples menção a determinado direito fundamental ou princípio constitucional já era suficiente para presumir que, no caso em questão, estávamos diante da aplicação imediata da norma constitucional em matéria própria de direito privado.

Tal conclusão nos leva a considerar que a incidência direta é mais comum do que pensávamos no Direito das Famílias, haja vista que a simples menção ao princípio constitucional da igualdade, por exemplo, pode configurar eficácia horizontal.

- C. Nos casos analisados, todas as vezes em que foi evocado um direito fundamental para discutir as temáticas próprias de direito das famílias, a intenção de quem o evocou sempre foi a ampliação do leque de titulares do direito em discussão.

Com isso, podemos conferir a qualidade garantista da Eficácia Horizontal como instrumento nas relações privadas. Seu uso esteve sempre associado a algum dilema de garantia de direito, corroborando para que este fosse resguardado.

Este é o momento em que podemos, categoricamente, afirmar que a incidência horizontal dos Direitos Fundamentais na realidade do Direito das Famílias brasileiro é possível e viável. E não apenas isso, compreendemos ainda que a invocação da eficácia horizontal dos princípios constitucionais no direito privado, como um todo, é instrumento importante para a consolidação de uma interpretação garantista e progressista do direito civil, fazendo valer o espírito constitucional na esfera em que este mais encontra barreiras para se projetar: as relações entre particulares.

Também chegamos à conclusão de que a possibilidade da incidência direta é somente uma parte de um novo sistema de interpretação do direito de família, mais humanista e guiado pelos princípios do afeto e da busca pela felicidade. Tal visão sobre o direito familiar vem sendo

desenvolvida por diversos operadores do direito que se inspiram a construí-la desde o marco da Constituição de 1988.

Sobre as revolucionárias transformações trazidas pela constituição na interpretação do direito privado, diz Rodrigo da Cunha Pereira (2021):

[...] destacam-se os princípios constitucionais e os direitos fundamentais, os quais se impõe aos interesses particulares, prevalecendo a constitucionalização do direito civil [...] ao mesmo tempo em que os direitos fundamentais passaram a ser adotados do mesmo sentido nas relações privadas, os princípios constitucionais sobrepuseram-se à posição anteriormente adotada pelos Princípios do Direito (PEREIRA, 2021).

Desde modo, a legislação civil segue o caminho de se tornar verdadeiro espelho da sociedade, buscando tutelar demandas atuais sem a venda do conservadorismo dogmático e com o real intuito de proteger a coletividade.

Assim como nossa Constituição Federal, a família brasileira é espaço para a concretização da dignidade da pessoa humana. A tríade liberdade, igualdade e fraternidade, proclamada pelos franceses exatamente 200 anos antes da proclamação de nossa Carta Magna, que a incorporou, é a chave para manter viva e oxigenada a legislação familista.

### **6.3 A ARGUIÇÃO DA EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS EM CASOS CONCRETOS DE DIREITO DAS FAMÍLIAS**

Por entender que incidência direta é a arma mais importante dos operadores do direito para fazer valer os caros princípios constitucionais na realidade do direito privado, em especial das famílias, consideramos que o uso de tal mecanismo precisa ser propagado. Para tanto, elegemos dois pontos cruciais para absorver o argumento da incidência direta à advocacia família.

Primeiramente, é necessário fazer claro que a arguição de incidência direta é possível e conta com importantes precedentes no Supremo Tribunal Federal, tal qual observamos nos cinco *leading cases* estudados, além de outros que podem ser encontrados na jurisprudência tanto do STF quanto de instâncias anteriores.

A opção por investigar, de forma restrita, casos que tramitam ou tramitaram por nossa Corte Suprema é estratégica, no sentido de obter uma comprovação mais robusta sobre a possibilidade da incidência direta no Direito das Famílias. A validação do mecanismo

argumentativo em questão, no contexto pesquisado, pela última instância judicial em nossa estrutura estatal, constitui um argumento jurisprudencial extremamente qualitativo e vultoso.

Os posicionamentos do STF não apenas imprimem força ao argumento da incidência direta, mas também valorizam os critérios de universalidade e interculturalidade inerentes ao Direito das Famílias, fazendo valer o caráter constitucional inclusivo, como idealizado pelo legislador constituinte em 1988.

Em um segundo momento é preciso ter domínio dos princípios constitucionais que melhor dialogam com o direito familiar, daí a importância do quarto capítulo desta pesquisa. Compreender o conteúdo dos direitos fundamentais significa constituir uma perspectiva teológica acerca espírito constitucional, sobretudo dos direitos consagrados em nossa Carta Maior, respeitando e zelando por sua unicidade e preponderância sobre todo o ordenamento jurídico.

Trata-se, portanto, de verdadeiro exercício de compatibilização hermenêutica e atualização interpretativa de nosso direito privado para com a Constituição Federal de 1988. Tal tarefa é de responsabilidade não apenas da comunidade jurídica, como também da academia, do Estado, das associações e da sociedade civil em geral. Sobre a importância da missão a nós outorgada, oportuna mencionar as valiosas concepções de Maria Berenice Dias (2021):

A intervenção do Estado nas relações de direito privado permite o revigoramento das instituições de Direito Civil e, diante do texto constitucional, forçoso ao intérprete redesenhar o tecido do Direito Civil à luz da Constituição. Sua força normativa não reside tão somente na adaptação inteligente a uma dada realidade - converte-se ela mesma em força ativa. Embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas.

Essa é uma característica do chamado estado social, que intervém em setores da vida privada como forma de proteger o cidadão, postura impensável em um estado liberal que prestigia, antes e acima de tudo, a liberdade. O Direito Civil constitucionalizou-se, se afastou da concepção individualista, tradicional e conservadora-elitista da época das codificações do século passado (DIAS; 2021, p. 52).

Este é o momento de resgatar o que foi minuciosamente explorado, no item 3.1 desta pesquisa, a Constitucionalização do Direito Civil e nos tópicos que lhe são imediatamente subsequentes. Os conceitos e conclusões ali alçados, ajudar-nos-á a compreender o raciocínio desta análise a partir do ponto que segue:

Não é razoável acreditar que a simples entrada em vigor de um novo Código Civil em 2003, cessaria os inúmeros vícios que eivavam o diploma de 1916. O legado patrimonial e individualista do Código passado, o qual nada aspirava além de aniquilar os privilégios feudais

em favor de uma nova burguesia politicamente atuante (uma verdadeira Constituição do Direito Privado, nas palavras de Gustavo Tepedino [2006]), permaneceu latente ao longo dos anos de vigência da codificação e sua influência sob o Código de 2002, apesar de mitigada pela evolução das estruturais sociais, ainda se fez presente<sup>58</sup>.

O legislador constituinte de 1988 nos presenteou com uma potente fonte de direito para auxiliar-nos na fundamental tarefa de transformar o Direito Civil no direito de todos, na salvaguarda dos indivíduos mais vulneráveis frente ao elemento moderador e ditador das relações privadas até então: O poder econômico:

[...] a Constituição de 1988 retrata uma opção legislativa concordatária, em favor de um Estado social destinado a incidir, no que concerne às relações jurídicas privadas, sobre um direito civil repleto de leis especiais, chamadas de estatutos, que disciplinam exaustivamente inteiras matérias extraídas da incidência do Código Civil. O Estatuto da Criança e do Adolescente, o Código de Defesa do Consumidor, a Lei de locações, na mesma esteira de outras leis anteriores à Constituição, como o Estatuto da Terra, todos esses universos legislativos apresentam-se radicalmente diversos das legislações excepcional e especial de outrora (TEPEDINO, 2006, p. 42).

Sobre a interpretação do Direito Civil á luz da Constituição, também entendemos por pertinente a menção de Maria Berenice Dias (2021) ao discorrer sobre os princípios constitucionais:

Tornaram-se imprescindíveis para a aproximação do ideal de Justiça, não dispendo exclusivamente de força supletiva. Adquiriram eficácia imediata e aderiram ao sistema positivo. Compõe nova base axiológica, tendo abandonado o estado de virtualidade a que sempre foram relegados (DIAS; 2021, p. 56).

Diante do exposto, quanto à metodologia de reinterpretação do Direito das Famílias sob à égide do Direitos Fundamentais, qual seja, o tema desta pesquisa, extraímos dois caminhos, os quais interessam, principalmente, à atuação do legislador e do doutrinador:

(1) Além da obrigatória observância dos princípios constitucionais no processo de edição de normas de direito privado, a descentralização do conteúdo de legislação civilista em estatutos específicos para a proteção dos diferentes públicos vulneráveis é ferramenta que otimiza e confere celeridade ao processo de atualização interpretativa da legislação civil e;

(2) O entendimento de que a supremacia constitucional abrange à esfera da vida privada não significa o fim da segmentação, academicamente proposta, entre direito público e privado, mas vai em direção à consolidação do princípio hermenêutico da unidade do ordenamento,

---

<sup>58</sup> TEPEDINO, Gustavo. **Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil**. Rio de Janeiro: Revista de Direito do Estado, 2006. p. 38-39

suprimindo ou dirimindo o aparecimento de conflitos aparentes entre a Carta Magna e a legislação infraconstitucional. Daí a importância do papel da doutrina em reafirmar o caráter vinculante da Constituição sob o Direito Civil e, notavelmente, o Direito das Famílias.

Um terceiro caminho metodológico é o que mais nos interessa na presente pesquisa: a invocação da incidência direta dos direitos fundamentais em matéria de direito família. Este que é o coração deste trabalho, deve ser utilizado e propagado por todos os operadores do direito: deste de o advogado que protocola ação de alimentos nas Varas de Família Brasil afora, até os magistrados de mais alto nível em nosso judiciário, os quais ocupam as onze cadeiras de nossa Corte Suprema. Além, evidentemente, da parcela acadêmica que se ocupa com o tema de direitos fundamentais (frisando a interdisciplinaridade da temática) e as tantas associações de defesa e estudo dos Direitos Humanos e Direito das Famílias.

É esta a mais democrática e orgânica forma de transformar o Direito das Famílias em legislação fiel aos direitos conquistados, à duras penas, e positivados em nossa Constituição. Não depende do intermédio legislativo (de caráter historicamente conservador no caso brasileiro) para edição de regra quadrada e limitante e tem sua eficácia comprovada, tendo sido validada, em algumas importantes ocasiões, pela corte guardiã da Carta Magna, não havendo o que se falar em falta de norma específica para as matérias de direito familiar.

Fica, portanto, comprovada a importância da Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais na construção de um Direito das Famílias inclusivo, que se ocupe em tutelar a realidade. Um direito moderno e eficaz, capaz de substituir a proteção dos interesses unicamente do homem-pai-marido-propriedade para garantir direitos e dignidade às mais diversas formas de família, superando gradualmente seu passado patriarcal e patrimonialista ao se tornar universal, principialista e verdadeira salvaguarda àqueles que mais precisam do Estado.

## 7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente pesquisa teve por objetivo investigar a teoria da eficácia horizontal dos direitos humanos no ordenamento jurídico nacional, sob dois principais aspectos: (I) sua usabilidade na realidade processual do Direito das Famílias e (II) seu papel no processo de reinterpretação da legislação familista sob a óptica constitucionais.

Inicialmente, procurou-se estabelecer conceitos sólidos para terminologias que seriam exaustivamente utilizadas no decorrer do trabalho. Para isso, buscou-se subsídios na doutrina e na jurisprudência para delimitar o que entenderíamos acerca de: Direitos Fundamentais, Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais e Direito das Famílias.

Para o primeiro conceito, estabelecemos a distinção entre Direitos Fundamentais e Humanos empregando as concepções de Ingo Wolfgang Sarlet, as quais orientam que a diferença entre os termos consiste no paradigma da positivação: os direitos inerentes à condição humana são direitos humanos, dentre esses, aqueles positivados no ordenamento interno de um Estado são, para aquele Estado, direitos fundamentais<sup>59</sup>. Ainda, foi apresentada breve perspectiva histórica e ponto de vista doutrinário contrário a distinção entre os termos, a fim de enriquecer o desenvolvimento do tema.

Para o segundo conceito, Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais, inferimos ser este o nome dado ao fenômeno de incidência direta de princípios constitucional sobre demandas constituídas por relações puramente privadas. Para complementar a dissertação, foi realizado resgate histórico do tema e uma discussão sobre a emblemática dicotomia entre Vida Privada e Direitos Fundamentais, debate caro ao tema da eficácia direta.

A abordagem do terceiro conceito, Direito das Famílias, é de fundamental importância pois demarca a abordagem de direito familiar defendida nesta pesquisa. Ao alinhar-se ao posicionamento de Maria Berenice Dias para pluralizar o tradicional “Direito de Família”, demarcamos que a produção teórica aqui realizada contempla as mais diversas formas de unidades familiares, rechaçando o caráter patriarcal e patrimonial que, por muito tempo, foi hegemônico neste ramo do Direito (e em todos os outros).

---

<sup>59</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 30

Na sequência, o terceiro capítulo deste trabalho ocupa-se em discorrer a respeito da intercessão entre o Direito Constitucional e o Direito das Famílias. Este ponto é de sublime importância, haja vista que todo conteúdo aqui pesquisado depende da interação entre estes dois ramos do direito. Ora, não há que se falar em incidência de direitos fundamentais no direito familiar sem antes estabelecer a embrionária associação entre estes.

Para a construção deste ponto, é imperioso abordar o tema da Constitucionalização do Direito Civil e como este processo se deu no Brasil. Concluímos que desde o fim da Segunda Guerra Mundial, com o advento dos direitos fundamentais de segunda geração, foram (e ainda são) necessários grandes esforços a fim de compatibilizar as novas ideias trazidas pelas Constituições dos Estados sociais com seus respectivos Códigos Civis, herdeiros das concepções individualista, patriarcal e patrimonialistas dos Estados Liberais que lhes deram origem.

Em seguida, o quarto capítulo se apresenta e verificamos o seu papel essencialmente ilustrativo para a estrutura do trabalho. Ele trabalha com a missão de conceituar uma seleção exemplificativa de direitos fundamentais, os quais possuem impacto histórico comprovado na formação do Direito das Famílias nacional como o conhecemos atualmente.

A função deste capítulo reside em preparar o leitor para o capítulo que segue, de estudo de casos concretos, no sentido de estimulá-lo a visualizar a incidência dos princípios constitucionais trabalhados nos casos jurisprudenciais selecionados, tanto nas temáticas de que tratam quanto nos desenvolvimentos processuais propriamente ditos.

Finalmente, chega o importante momento do estudo de casos. O capítulo cinco do trabalho apresenta cinco *leading cases* da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre Direito das Famílias e incidência imediata de princípios constitucionais. Os quatro primeiros encontram-se julgados e o quinto ainda em aberto, tendo sido este selecionado para agregar à pesquisa um exemplo ainda não pacificado, ensejando mais reflexão e procura de soluções jurídicas por parte do leitor.

Dentre os casos estudados encontramos situações em que a eficácia horizontal dos direitos fundamentais aparece de forma mais explícita, outras em que o tema fica relegado a uma função menor frente as questões técnicas processuais, outras em que sua invocação é crucial para garantia de determinado direito, outras em que sua incidência não é suficiente para tal garantia, e tantas outras. As conclusões mais importantes para a questão levantada neste trabalho são devidamente levantadas no capítulo seguinte.

O sexto capítulo tem por objetivo realizar a famigerada análise proposta no título desta pesquisa. Para isso, são considerados os acúmulos adquiridos em todo o decorrer do trabalho, os quais são utilizados de forma sistemática e dialética e a quebra do questionamento principal em três tópicos de interesse.

O primeiro, trata da possibilidade factual de evocar a teoria da Eficácia Horizontal em um caso concreto na realidade do Direito das Famílias. Considerando todo exposto no corpo do trabalho, sobretudo no capítulo cinco, concluiu-se para viabilidade argumentativa da incidência direta no direito familiar.

O segundo ponto elenca três grandes conclusões sobre a eficácia direta extraídas dos estudos de casos: (1) a eficácia horizontal enquanto argumento jurídico já foi validado pela máxima instância judicial do nosso ordenamento; (2) em muitas situações, a incidência direta não recebeu um nome próprio ou reconhecimento enquanto fenômeno autônomo, o que pode significar uma prevalência ainda maior da teoria na realidade do direito familiar, e (3) todas as vezes em que a eficácia horizontal foi invocada, o intuito foi ampliar a titularidade de um direito, sugerindo um caráter garantista para o instrumento.

Por fim, o terceiro tema orienta a arguição da incidência direta no Direito da Família, incentivando o seu uso por parte dos operadores do direito. Aqui, é destacada a importância deste instrumento na fundamental missão de revisar o direito privado sob os princípios constitucionais de uma forma que possa ser conduzida democraticamente por todos aqueles que estudam ou trabalham com o direito.

Consideramos que o conjunto do trabalho apresentado constitui uma peça relevante sobre a temática da Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais e sua incidência no Direito Familiar.

Os questionamentos propostos foram devidamente respondidos a partir de uma completa análise doutrinária e satisfatório exame jurisprudência, o que tornou possível inferir que seus resultados encontram respaldo tanto na teoria quanto na prática. Há, portanto, êxito na tentativa relacionar os núcleos “eficácia horizontal dos direitos fundamentais” e “direito das famílias”.

Os resultados alcançados demonstram a necessidade de urgência na propagação da teoria da incidência direta no âmbito das famílias. Entendemos que tal instrumento possui capacidade servir como solução a incontáveis demandas que permanecem em aberto,

dependendo da vontade política do legislador em pauta-las e que por muitas vezes esbarram em interesses econômicos.

Acreditamos, portanto, na eficácia horizontal como potente instrumento para a modernização do direito e de tutela para aqueles que mais necessitam do Estado para promover sua dignidade: aqueles invisibilizados, de cujas famílias o Estado preferiu não se ocupar, da real família tradicional brasileira, “concubinária”, homossexual, divorciada, marginalizada, monoparental, por afinidade, todas.

Qualquer uma.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AMARAL, Francisco. Direito civil : introdução. 10. ed. revista e modificada – São Paulo : Saraiva Educação, 2018
- ARENDT, Hannah. A Condição Humana. Tradução de Roberto Raposo, 10a edição. 2007. Editora Forense Universitária. Rio de Janeiro. 1958.
- BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil.
- BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente. Lei 8.069/90. São Paulo, Atlas, 1991.
- BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [2016].
- BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- CARDOSO, Simone Tassinari; BASTOS, Ísis Boll de Araujo. Leading Cases de Direito das Famílias: Uma Análise das Situações Com Repercussão Geral No Supremo Tribunal Federal a Partir da Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais. IBDCivil: Revista Brasileira de Direito Civil. Vol 10. 2016. Disponível em <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/45/39>. Acesso em 22 de março de 2023.
- CASTILHO, Ricardo. Direitos humanos. – 5. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2018. 1. Direitos humanos – Brasil I. Título
- DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.
- DINIZ, Maria Helena. Dicionário jurídico. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005
- DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. Teoria geral dos direitos fundamentais. 5ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 14. ed. São Paulo: Editora Juspodivm, 2021.
- FARIAS, Cristiano Chaves de. A disregard doctrine a serviço da proteção do patrimônio familiar e sucessório. Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões. Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte: IBDFAM, n. 9, p. 125-128, abr-maio 2009.
- GOMES, Aura Rejane. A Questão da Palestina e a Fundação de Israel. 2001. 142 f. Dissertação (Mestrado em Ciência Política) – Universidade de São Paulo, 2001.

KRETZ, Andrietta. Autonomia da vontade e eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Florianópolis: Momento atual, 2005.

LÔBO, Paulo. A constitucionalização do direito civil brasileiro. In: TEPEDINO, Gustavo. Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional. São Paulo: Atlas, 2008.

LÔBO, Paulo. Direito Civil: volume 5: famílias - 10. ed. - São Paulo: Saraiva Educação, 2020. E-Book.

LÔBO, Paulo. DIREITO CIVIL: PARTE GERAL: VOLUME 1. 10 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2021.

MARTINS-COSTA, Judith. Os danos à pessoa no direito brasileiro e a natureza da sua reparação. São Paulo: Ed. RT, v. 789, p. 21-47, jul. 2001.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

NUNES JÚNIOR, Flávio Martins Alves. Curso de direito constitucional. 3. ed. São Paulo : Saraiva Educação, 2019.

PADILHA, Rodrigo. Direito Constitucional. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2020.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Direito das Famílias. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021

PERLINGIERI, Pietro. O direito civil na legalidade constitucional. Tradução de Maria Cristina De Cicco, Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

RAISER, Ludwig. Il compito del diritto privato. Trad. Marta Graziadei. Milano: Giuffrè, 1990.

RAMOS, André de Carvalho. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Disponível em <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/533/edicao-1/corte-interamericana-de-direitos-humanos#:~:text=Por%20meio%20de%20nota%20transmitida,poderiam%20ser%20julgados%20pela%20Corte.> Acesso em 22 de março de 2023.

RAMOS, André de Carvalho. Curso de direitos humanos / André de Carvalho Ramos. – 5. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2018.

RIZZARDO, Arnaldo. Direitos de Família. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Imprensa: Porto Alegre, 2009.

SARMENTO, Daniel. Ponderação de interesses na Constituição Federal. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

SANTOS, Enoque Ribeiro dos. Internacionalização dos direitos humanos trabalhistas: o advento da dimensão objetiva e subjetiva dos direitos fundamentais. Revista LTr:Legislação do Trabalho: São Paulo. São Paulo, v.72, 2008.

SANTOS, Isadora Beatriz Magalhães. A eficácia horizontal dos direitos fundamentais frente a mitigação do princípio da autonomia privada. 2019. 139 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Franca, 2019.

SOMBRA, Thiago Luís Santos. A Eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídico-privadas: a identificação do contrato como ponto de encontro dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2004.

STEINMETZ, Wilson. A vinculação dos particulares a direitos fundamentais. São Paulo. Malheiros, 2004.

STERN, Klaus. Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, vol I, 2. Ed., Munchen: C. H. Beck, 1984

TANAKA, Sônia Yuriko Kanashiro, coordenadora (vários autores). Direito Constitucional. 1ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.

TEPEDINO, Gustavo. Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil. Rio de Janeiro: Revista de Direito do Estado, 2006.